Das Gewohnheitsrecht als Quelle des geltenden Handelsrechts

Von Georg Geisler.

Borna-Leipzig 1904
Buchdruckerei Robert Noske.

Das Gewohnheitsrecht

als Quelle des geltenden Handelsrechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht und mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

ACAD. LUGD BAT. BIBL.

Georg Geisler,

Referendar in Gleiwitz.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1904.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. Beyerle,
Korreferent: Geheimrat Dahn.

Jörs, Dekan.

Meinem lieben Vater,

dem Königlichen Justizrat und Notar

Max Geisler,

in Dankbarkeit gewidmet.

Lebenslauf.

Ich, Georg Geisler, Sohn des Königlichen Justizrats und Notars Max Geisler und seiner Frau Clara geborenen Neugebauer in Gleiwitz, bin am 27. Juni 1881 in Tarnowitz O. S. geboren. Ich bin katholisch. Nach dreijährigem Privatunterricht besuchte ich von 1891 bis 1894 das Realgymnasium in Tarnowitz und von 1894 bis 1900 das Gymnasium in Patschkau, das ich im Jahre 1900 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar verbrachte ich die ersten drei Semester in Freiburg in Baden, die letzten drei in Breslau. In Breslau hörte ich die Vorlesungen namentlich folgender Professoren: Beyerle, Brie, Dahn, Fischer, Gretener, Jörs und Leonhard. Am 24. September 1903 bestand ich bei dem Königlichen Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung. Am 3. Oktober 1903 trat ich nach Leistung des Diensteides meinen Vorbereitungsdienst als Referendar bei dem Königlichen Amtsgericht in Patschkau an und wurde nach 9 Monaten dem Königlichen Landgericht in Gleiwitz zur weiteren Beschäftigung überwiesen.

Inhaltsverzeichnis.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0160

Literaturverzeichnis.

Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquelle und über das Gewohnheitsrecht. Kassel und Göttingen 1872.
Albert, Der Gerichtsgebrauch. Hamburg 1890.
Anschütz und **Völderndorff**, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. 3 Bände. Erlangen 1867/73.
Baron, Pandekten. 7. Aufl. 1890.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1. Bd. 1896.
Behrend, Das deutsche Privatrecht in v. Holtzendorffs Enzyklopädie. 5. Auflage. Leipzig 1890.
Behrmann, Das Gewohnheitsrecht, betrachtet in Beziehung auf Hamburgische Gesetze. Hamburg 1826.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Sechste Folge. 1. Jahrg. 2. Teil. Berlin 1897.
Bendix, Das deutsche bürgerliche Recht. 1. Bd. Breslau 1904.
Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. I. 1892.
Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Aufl. Berlin 1866.
Beseler, Volksrecht und Juristenrecht. Leipzig 1843; erster Nachtrag Leipzig 1844.
Binding, Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig, seit 1886.
Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. 1. Teil. Geschichtliche Grundlegung. Breslau 1899.
Brinckmann, Das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrechte und Civilprozesse und die Handelsusancen. 1. Teil. Heidelberg 1847.
Brinz, Pandekten. 3. Aufl. Erlangen 1884.
Bruns, Das heutige römische Recht, in v. Holtzendorffs Enzyklopädie. 5. Auflage. Leipzig 1890.
Bülow, Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885.
Bülow, Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft. Leipzig 1901.
Büsch, Theoretisch-praktische Darstellung der Handlung in ihren mannigfaltigen Geschäften. 1. Teil. Wien 1813.
Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts. Berlin, seit 1863. Bd. 1 S. 16 ff.
Creizenach, Das Wesen und Wirken der Handelsgerichte und ihre Kompetenz. Erlangen 1861. S. 83 ff.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Tübingen und Leipzig 1900.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Jena 1900.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.
Dahn, Das Gewohnheitsrecht, in der Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung und für ein einheitliches deutsches Recht, herausgegeben von Behrend. 6. Bd. Berlin 1872. S. 553 ff.
Dahn, Handelsrechtliche Vorträge. Leipzig 1875.
Dahn, Deutsches Rechtsbuch. Nördlingen 1877.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Jena 1897.
Danz, Laienverstand und Rechtsprechung, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 38. Bd. Jena 1898. S. 373.
Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1. Bd. Berlin 1900.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1. Band. Halle a. S. 1902.
Dove und **Apt**, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Berlin 1900.
Düringer und **Hachenburg**, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 2 Bände. Mannheim 1898 f.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Lfg. Berlin 1898.
Eich, Gewohnheitsrecht und Gewohnheitsrechtstheorien. Inaug.-Diss. vorgelegt der Universität Erlangen 1900.
Eisele, im Archiv für die civilistische Praxis 69. Bd. Heidelberg, Freiburg 1881.
Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 2 Bände. Leipzig 1881/82.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1. Bd. Berlin 1903.
Esser, Die derogatische Kraft des Gewohnheitsrechts. Berlin 1889.
Fremery, Etudes de Droit Commercial. Paris 1833.
Frenken, Über die consuetudo erronea und irrationabilis. Aachen 1880.
Fuchsberger, Sämtliche Entscheidungen des Reichs-Ober-Handelsgerichts und Reichsgerichts auf dem Gebiete des Handelsrechts. 3. Aufl. 1900.
Gareis, Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Aufl. 1897.
Gareis, Das deutsche Handelsrecht. Berlin 1899.
Gaupp-Stein, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 9 u. 10. Lfg. Tübingen 1900.
Gerber, Bemerkungen zum ersten Artikel des deutsch. Handelsgesetzbuchs. Leipzig 1871.
Gierke, Der Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.
Gierke, Deutsches Privatrecht. 1. Bd. Leipzig 1895.
Gierke, in v. Holtzendorffs Enzyklopädie 1903 (7. Lfg.).
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. 1. Teil. Erlangen 1897.
Gneist, Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht. Berlin 1885.
Goldmann und **Lilienthal**, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Bd. 2. Aufl. Berlin 1901.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrecht. 1. Bd. 2. Aufl. Stuttgart 1875.
Guilleaume, Theoretisch-praktische Abhandlung der Rechtslehre von der Gewohnheit. 2. Ausg. Osnabrück 1801.
Hagen, Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr. Leipzig 1894. (Ausgewählte Doktordissertationen der Leipziger Juristenfakultät.)
Hahn, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 1. Bd. 4. Aufl. Braunschweig 1894. 2. Bd. 2. Aufl. Braunschweig 1883.
Haus, Versuch über den rechtlichen Wert des Gerichtsgebrauchs sowohl an den deutschen Territorial- als höchsten Reichsgerichten. Erlangen 1798.
Heck, im Archiv für die civilistische Praxis 92. Bd 1902 S. 438 ff.
Hergenröter, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts. Freiburg 1888.
Hölder, Zum allgemeinen Teil des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 2, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 73.
Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. München 1900.
Hofacker, De iure consuetudinis secundum docritinam juris romani et naturalis. Tübingen 1774.
Holdheim, Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen. 5. Jahrg., Berlin 1896, Nr. 10; 11. Jahrg., Berlin 1902, Nr. 2.
Jestel, Die historische und dogmatische Begründung eines besonderen Handelsrechts neben dem bürgerlichen Recht im Gesamtkreise der europäischen Civilisation. Inaug.-Diss. Breslau 1900.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Jena 13 1874; 25 1887; 27 1889; 34 1895; 38 1898.
Ihering, Geist des römischen Rechts. 1873.

Jhering, Kampf ums Recht. 1872.
Jhering, Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts (herausgegeben von Ehrenberg). 1894.
Jordan, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 8, 1825, S. 191 f.
Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen. Herausgegeben von Doemling und Poehn. 24. Jahrg. Straßburg 1899. S. 460 f.
Keyßner, Hugo, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch nach Rechtsprechung und Wissenschaft. Stuttgart 1878.
Keißner, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Preußischen Rechts. 12. Jahrg. Berlin 1868.
Keller, Pandekten. 1861.
Klötzer, Versuch eines Beitrages zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht. Jena 1812.
Knitschky, Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch, im Archiv für öffentliches Recht.
Kohler, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, in Jherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 262.
Kräwel, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. 1862.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Teil. Berlin 1898.
Kuhlenbeck, in der juristischen Wochenschrift. 24. Jahrg. Nr. 18 u. 19. Berlin 1895.
Kuntze, Das jus respondendi in unserer Zeit und Ideen für die moderne Rechtsentwicklung. Leipzig 1858.
Laband, Die Handelsusancen, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von Goldschmidt und Laband. 17. Bd. Erlangen 1873. S. 466 f.
Laband, Staatsrecht I.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Bd. Berlin 1901.
Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. 1900.
Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. Berlin 1892.
Löhr, Zentralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht. 2. Bd. 1866 S. 319 f.
Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. 3. Teil. Würzburg 1858.
Makower, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. 5. Aufl. Berlin 1873.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Berlin 1900.
Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche. 1861.
Mühlenbruch, Pandekten.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1897.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Bd. Berlin 1899.
Neukamp, Das Gewohnheitsrecht, im Archiv für bürgerliches Recht. Herausgegeben von Kohler. 12. Bd. Berlin 1897.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Bd. 3. Aufl. Berlin 1903.
Nobach, Die Handelsusancen (aus dem Programm der öffentlichen Handelslehranstalt in Chemnitz abgedruckt). Chemnitz 1857.
Pfaff und **Hoffmann,** Kommentar zum österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuche. 1. Bd. Wien 1877–1882.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 1. Bd. Berlin 1903.
Pöhls, Darstellung des allgemeinen deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts. 1. Bd Allgemeiner Teil. Hamburg 1828.
Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. 1893.
Puchta, Das Gewohnheitsrecht. 2 Teile. Erlangen 1827–1837.
Regelsberger, Pandekten. 1. Bd. Leipzig 1893.
Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche. Gutachten der Handelskammer zu Breslau über Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr. Breslau 1900
Ritter, Allgemeine Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.

Rümelin, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 27 1889 S. 153ff.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 1. Bd. Berlin 1840.
Schmidt, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens. Leipzig 1899.
Schürmann, Die Usancen des deutschen Buchhandels und der ihm verwandten Geschäftszweige. Leipzig 1867.
Schultze, Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere vom sogenannten Gewohnheitsrecht. 1. Teil. Freiburg 1883.
Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, zugleich eine Kritik der beiden ersten Paragraphen des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Breslau 1890.
Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1902.
Schwanert, Gesetz und Gewohnheit. Rostock 1875.
Schweitzer, De desuetudine. Lips. 1801.
Schwering, Zur Lehre vom kanonischen Gewohnheitsrecht. Göttingen 1888.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 2. Aufl. 1860.
Stahl, Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht. 2 Bände. 3. Aufl. Heidelberg 1854–1856.
Stammler, Wissenschaft u. Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. 1896.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. 2 Bände. Berlin 1900.
Stein, Das private Wissen des Richters. Leipzig 1893.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 3. Berlin 1893.
Struckmann, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. Aufl. 2. Bd. Berlin 1901.
Sturm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. Kassel 1877.
Sturm, Recht und Rechtsquellen. Kassel 1883.
Sturm, Gewohnheitsrecht und Irrtum. Kassel 1884.
Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung des neuen deutschen Reichsrechts. Leipzig 1900.
Thöl, Volks- und Juristenrecht. Rostock 1846.
Thöl, Handelsrecht. 6. Aufl. Göttingen 1879.
Vangerow, Pandekten. 7. Aufl. Marburg 1863.
Verhandlungen des fünften deutschen Juristentages. 1. und 2. Bd. Berlin 1864.
Voigtel, Rechtliche Natur, besonders derogatorische Kraft der Handelsgebräuche, in Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts, 6. Bd., Leipzig 1865, S. 458f.
Wachsmann, Der Begriff des Gewohnheitsrechts. Inaug.-Diss. Breslau 1902.
Wächter, Pandekten. Leipzig 1880.
Wedemeyer, Auslegung und Irrtum in ihrem Zusammenhange. Göttingen 1903.
Wilmowski und **Levy**, Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. 6. Aufl. 2 Bände. Berlin 1892.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1. Bd. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von Goldschmidt u. Laband. 8. Bd. Erlangen 1856.
Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 66, Heidelberg, Freiburg 1883, S. 324f.
Zródlowski, Das römische Privatrecht. 1. Bd. Prag 1877.

Vorwort.

Bei der Abfassung der vorliegenden Abhandlung bin ich mir wohl bewußt gewesen, daß Gewohnheitsrecht und Handelsrecht zwei Begriffe sind, die dem Theoretiker schon manche Sorgen bereitet und einer oberflächlichen Behandlung sich stets als unzugänglich erwiesen haben. Die Frage nach dem Wesen und der Kraft des Gewohnheitsrechts gehört, wie allgemein bekannt ist, zu den schwierigsten der Rechtswissenschaft. Nicht viel besser steht es mit dem Begriffe des Handelsrechts. Eine scharfe Abgrenzung und einheitliche Auffassung des Begriffs erscheint kaum möglich, und doch ist dies für die vorliegende Abhandlung notwendig, da die Darstellung des Gewohnheitsrechts als Quelle eines bestimmten Rechtsgebietes die möglichst genaue Erfassung des Rechtsgebietes erfordert. Mit Rücksicht auf diese Schwierigkeiten hat mir nichts ferner gelegen, als Sätze aufzustellen, die für alle Zeiten und an allen Orten gelten sollen. Nur die Gegenwart und mein deutsches Heimatland habe ich der folgenden Betrachtung zugrunde gelegt und nur das darzustellen versucht, was nach dem Stande unserer heutigen Rechtswissenschaft und staatlichen Ordnung gilt und gelten soll. Möge der vorliegende Überblick über den Stand dieser schwierigen Fragen in unserem geltenden Rechte als ein kleiner Beitrag zur Ergründung der Frage nach dem Wesen des Gewohnheitsrechts überhaupt aufgefaßt werden. Für die bei der Abfassung der Arbeit mir erteilten wertvollen Winke und Ratschläge sage ich den Herren Geheimrat Dr. Brie und Professor Dr. Beyerle meinen vorzüglichsten Dank.

Gleiwitz, den 25. Juli 1904.

Der Verfasser.

Einleitung.

Die Darstellung des Gewohnheitsrechts als Quelle selbst des geltenden Handelsrechts läuft ohne einen geschichtlichen Überblick Gefahr, in manchen Punkten unvollständig oder unverständlich zu bleiben. Der nachstehende geschichtliche Überblick über das Gewohnheitsrecht bildet daher eine notwendige Ergänzung der sich daran anschließenden Abhandlung über das Gewohnheitsrecht selbst.

Im römischen Recht, insbesondere im corpus iuris civilis findet sich eine theoretische Vernachlässigung des Gewohnheitsrechts. In erster Reihe mag hieran wohl die praktische Anschauung und Richtung der römischen Juristen Schuld tragen, in zweiter Reihe aber auch der Umstand, daß schon frühzeitig durch in die Augen fallende Recht setzende Akte die Rechtsbildung mehr und mehr beeinflußt und das Gewohnheitsrecht stark zurückgedrängt worden ist.[1]) Als Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts führten die Römer ein äußeres (consuetudo) und ein inneres (consensus) an. Während sie aber unter dem äußeren Moment übereinstimmend eine durch lange Zeit fortgesetzte gleichmäßige Übung eines Rechtssatzes verstanden, gingen ihre Ansichten über das innere Moment auseinander. Die einen wollten unter dem consensus eine Rechtsüberzeugung verstanden wissen, andere dagegen — und deren Meinung kann man sich, weil sie die Hauptmeinung ist, als für das römische Recht maßgebend anschließen — einen übereinstimmenden Willen, darauf gerichtet, daß der geübte Satz zum Rechtssatze werde.[2]) Über die Frage nach der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts findet sich eine Antinomie im corpus iuris civilis. Zweifellos überwiegt aber die Ansicht zugunsten der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts, erstens wegen der numerischen Überlegenheit der dafür sprechenden Stellen, zweitens wegen der von Justinian selbst an mehreren Stellen ausgesprochenen Anerkennung der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts.[3])

Was den Standpunkt des kanonischen Rechts zu der gewohnheitsrechtlichen Rechtsquelle betrifft, so ist auf wichtige Äußerungen des corpus

---

[1]) Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, (Breslau 1899) S. 2 f.

[2]) Brie, a. a. O. S. 23.

[3]) Im allgemeinen bestimmen die Römer die Kraft des Gewohnheitsrechts nach dem Maßstabe der Kraft der lex. Brie S. 33, 45 und 46.

iuris canonici zu verweisen. Wenn auch in diesen Stellen das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle durchgehend anerkannt ist, so läßt sich doch nicht übersehen, daß in der Kirche neben der dem Gewohnheitsrecht günstigen auch eine demselben ungünstige Strömung hervorgetreten ist. Der regelmäßig ganz allgemein gefaßte Inhalt der Aussprüche des kanonischen Rechts gibt uns eine Aufklärung über die Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts nicht. Andererseits haben im kanonischen Recht eine sehr eingehende Behandlung die Fragen nach dem Einfluß der Irrationabilität und der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts erfahren.[1] Unter der Irrationabilität als Hindernis der Gewohnheitsrechtsbildung verstand das kanonische Recht anfangs nur den Widerspruch gegen die im alten und neuen Testament enthaltenen und in der vernünftigen Natur des Menschen gegebenen göttlichen Bestimmungen (ius naturale), später mit dem Wachsen der hierarchischen Gewalt auch den Widerspruch gegen ein von der Kirche als unbedingt maßgebend hingestelltes Prinzip. Die Frage nach der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts ist verschieden beantwortet, im allgemeinen aber zugunsten der derogatorischen Kraft.[2] Hierbei ist namentlich in den Dekretalensammlungen Gregors IX. und Bonifaz VIII. das Erfordernis der legitima praescriptio hervorgehoben, welches eine der Verjährungszeit entsprechende Dauer der Übung zur Voraussetzung für die Entstehung derogatorischen Gewohnheitsrechts macht.[3]

Die Glossatoren haben sich in ihrer Darstellung des Gewohnheitsrechts eng an das corpus iuris civilis angeschlossen. Ihre Tätigkeit beschränkte sich im Großen und Ganzen auf eine spezielle Ausführung der im corpus iuris civilis enthaltenen Aussprüche. Die Bedeutung ihrer Lehre über das Gewohnheitsrecht liegt darin, daß in ihr die Wurzeln für die später gemeinrechtliche Lehre des Gewohnheitsrechts zu suchen sind. Gemäß den im corpus iuris civilis enthaltenen Aussprüchen erkannten auch die Glossatoren ein inneres und ein äußeres Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechts an. Bei dem äußeren Moment der Übung wurden von den Glossatoren zahlreiche besondere Erfordernisse, nämlich bestimmte Dauer der Übung, bestimmte Zahl[4]) und Gleichmäßigkeit der einzelnen Handlungen aufgestellt.[5]) Demgegenüber trat bei den Glossatoren das innere Moment, der Wille, einen Satz zum Rechtssatz zu machen, sehr in den Hintergrund. Das Verhältnis des Gewohnheitsrechts zum Gesetze wurde von den Glossatoren insofern in eine übersichtliche Darstellung gebracht, als sie das Gewohnheitsrecht in Beziehung auf das Gesetz einteilten, in Gesetze ergänzendes, Gesetze auslegendes, Gesetze aufhebendes oder abänderndes

---

[1]) Brie, a. a. O. S. 67 ff.

[2]) Im decretum Gratiani ist die derogatorische Kraft dem Gewohnheitsrecht entschieden aberkannt.

[3]) Nach Brie a. a. O. umfaßt die praescripta consuetudo einen Zeitraum von 40 Jahren (S. 87) und beschränkt sich dies Erfordernis auf solches Gewohnheitsrecht, welches seinem Inhalte nach einem gemeinen Kirchengesetze widerspricht. (S. 92)

[4]) Zwei Übungsakte sollten genügen. Brie a. a. O. S. 108.

[5]) Von einzelnen Glossatoren auch Gerichtlichkeit der Übungsakte. Brie a. a. O. S. 100.

und Gesetze bestärkendes Gewohnheitsrecht.[1]) Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts wurde nur anfangs von den Glossatoren bestritten, später aber grundsätzlich anerkannt, ja sogar für partikuläres Gewohnheitsrecht gegenüber einem allgemeinen Gesetze, jedenfalls aber nur für den Bereich des partikulären Rechts.[2])

Im Anschluß an die Lehre der Glossatoren haben die Postglossatoren ihre Sätze über das Gewohnheitsrecht aufgestellt. Indem sie diese Lehre eingehend ausgestalteten, versuchten sie es als erste, die einzelnen Sätze über das Gewohnheitsrecht unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zu vereinen. Große Gewandtheit bewiesen sie bei der Unterscheidung des Gewohnheitsrechts von verwandten Begriffen, insbesondere von rein faktischen Gewohnheiten.[3]) Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts wurde von ihnen anerkannt.[4])

Stark unter dem Einfluße der Lehre der Glossatoren und Postglossatoren, der sogenannten Legisten stehen die Erörterungen der Kanonisten.[5]) Zu dem inneren Entstehungserfordernisse, dem Willen, daß das Geübte auch in gleicher Weise in Zukunft geschehe,[6]) fügten sie aber insofern ein Überzeugungsmoment hinzu, als sie bei der Vornahme der Übung den Glauben der Handelnden, mit der Handlung ein ihnen zustehendes subjektives Recht auszuüben, verlangten.[7]) Die größte Selbständigkeit der Kanonisten zeigt sich bei ihren Erörterungen der Fragen nach dem Verhältnis der ratio zur consuetudo und der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts. Nachdem die Kanonisten die ihnen als schöpferisches und beschränkendes Element der consuetudo erscheinende ratio in der mannigfaltigsten Weise[8]) bestimmt hatten, gelangten sie im allgemeinen zu dem Ergebnis, daß jede das Seelenheil gefährdende consuetudo irrationell sei und deshalb keine rechtliche Geltung habe. Die Frage nach der derogatorischen Kraft entschieden die späteren Kanonisten durchweg dahin, daß eine solche Kraft dem Gewohnheitsrecht zukomme, ohne aber zunächst über die Voraussetzungen des derogatorischen Gewohnheitsrechts in Übereinstimmung zu sein. Bald jedoch gelangten die Kanonisten zu der Ansicht, daß in cap. 11. X. de consuet. 1, 4, in welchem man eine allgemeine Zustimmung des obersten Gesetzgebers zur

---

[1]) Von den Glossatoren rühren die später technisch gewordenen Ausdrücke her: consuetudo secundum legem, praeter legem und contra legem. Brie a. a. O. S. 119.

[2]) Brie S. 124.

[3]) Auch der Unterschied zwischen praescriptio und consuetudo, erstere eine Erwerbsart subjektiver Rechte, letztere ein Entstehungsgrund objektiven Rechts, wurde von ihnen scharf herorgehoben. Brie S. 136.

[4]) Über den Unterschied zwischen desuetudo und consuetudo contraria s. Brie S. 159.

[5]) Daneben auch Einfluß der Lehre des Thomas von Aquino über die Grundlage des objektiven Rechts. Brie a. a. O. S. 167.

[6]) animus inducendi consuetudinem.

[7]) Brie a. a. O. S. 173.

[8]) vgl. hierüber Brie S. 180.

derogatorischen Gewohnheitsrechtsbildung erblickte,[1]) sämtliche Voraussetzungen enthalten seien, unter denen eine consuetudo dem Gesetz derogieren könne.

Im deutschen Rechte ist, was zunächst die praktische Geltung des Gewohnheitsrechts betrifft, in der germanischen Urzeit eine derart vorherrschende Stellung des Gewohnheitsrechts festzustellen, daß der damalige Rechtszustand als auf diesem ausschließlich beruhend bezeichnet werden kann. Die Rechtsaufzeichnungen nach der Völkerwanderung in den sog. Volksrechten stellen sich zumeist als Aufzeichnungen bereits geltender Gewohnheitsrechtssätze dar, während im übrigen bei der Unvollständigkeit dieser Rechtsaufzeichnungen dem Gewohnheitsrecht ein weiter Spielraum gelassen war.[2]) Im deutschen Reiche gelangte das Gewohnheitsrecht deswegen zu großer Bedeutung, weil die Rechtsaufzeichnungen des fränkischen Reichs allmählich ihre praktische Geltung verloren, neues geschriebenes Recht anfangs wenig enstand und selbst später bis zum Ausgange des Mittelalters die allgemeinen Reichsgesetze sich meist nur auf die Bestätigung bereits herausgebildeter gewohnheitsrechtlicher Zustände beschränkten. Trotz der hervorragenden praktischen Bedeutung des Gewohnheitsrechts läßt seine theoretische Erforschung im deutschen Recht infolge der jeder Abstraktion feindlichen, sinnlichen Anschauungsweise der Deutschen an Klarheit, Tiefe und Vollständigkeit viel zu wünschen übrig. Großes Gewicht legten die Deutschen auf das Alter eines Rechtssatzes.[3]) Ferner sahen sie in der Übung nicht nur ein Erkenntnismittel, sondern auch ein Entstehungsmoment des Gewohnheitsrechts.[4]) Auf das Vorhandensein eines inneren Entstehungsmomentes weist im deutschen Recht die Unterscheidung zwischen Gewohnheit und Gewohnheitsrecht hin, wonach nicht jeder Übung die rechtserzeugende Kraft zugesprochen wurde.[5]) Entsprechend der hohen praktischen Bedeutung des Gewohnheitsrechts legten die Deutschen dem Gewohnheitsrechte eine mindestens gesetzesgleiche Kraft bei, stellten mitunter sogar das Gewohnheitsrecht über das Gesetz.

Mit der Rezeption gelangten in Deutschland die römischrechtlichen Sätze über das Gewohnheitsrecht, namentlich in der ihnen von den Glossatoren gegebenen Gestalt in Verbindung mit Sätzen des kanonischen Rechts zur Aufnahme. Bald jedoch erhielt diese rezipirte gemeinrechtliche Lehre eine ganz bestimmte Prägung im Sinne einer dem Gewohnheits-

---

[1]) Brie a. a. O. S. 199.

[2]) Über einen vereinzelten Versuch aus der damaligen Zeit, die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts auszuschließen s. Brie a. a. O. S. 207, Anm. 18.

[3]) Brie a. a. O. S. 225 f.

[4]) Anders Dahn in seinem deutschen Rechtsbuch S. 50 und in seinem Gewohnheitsrecht in der Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung und für einheitliches deutsches Recht (1872) S. 567. Dagegen vgl. Brie a. a. O. S. 232 und 233.

[5]) Dieser Unterschied zwischen rechter und unrechter Gewohnheit ist nicht gleichzustellen dem Unterschied zwischen guter und böser Gewohnheit, denn auch die böse Gewohnheit kann Rechtssätze schaffen, nur daß dieselben wegen ihres schlechten Inhalts zu mißbilligen und wieder aufzuheben sind. Brie a. a. O. S. 243, 244, daselbst auch Anm. S. 33, ferner S. 250.

recht höchst ungünstigen Strömung. Diese Strömung entsprang dem bei und nach der Rezeption sich geltend machenden Bestreben, das größtenteils ungeschriebene und seine Existenz wie seine Hauptstärke fast ausschließlich dem Gewohnheitsrecht verdankende einheimische Recht zu bekämpfen,[1]) wobei man freilich außer Acht ließ, daß ja auch das fremde Recht seine Einführung in Deutschland gerade dieser Rechtsquelle verdankte. Die feindliche Haltung gegenüber dem Gewohnheitsrecht gelangte in der Theorie dadurch zum Ausdruck, daß man die auch von den Glossatoren hervorgehobene gesetzgeberische Genehmigung stark in den Vordergrund schob und sie zur Voraussetzung für die verbindliche Kraft allen Gewohnheitsrechts machte.[2]) Daneben stellte man die gleichmäßige, lange Zeit dauernde, öffentliche Übung als äußeres[3]) und die Meinung von der moralischen Notwendigkeit der Übung als inneres[4]) Entstehungserfordernis auf, ohne aber — und darin zeigt sich der Mangel der sogenannten Gestattungstheorie[5]) — aufzuklären, warum gerade diesen Momenten der Gesetzgeber rechtserzeugende Kraft beilegte. Während in der Gesetzgebung die dem Gewohnheitsrecht ungünstige Strömung noch lange Zeit anhielt[6]) und erst in der neuesten Zeit hierin Wandel geschaffen wurde, brach sich auf dem Gebiete der Doktrin bereits im Anfange des 19. Jahrhunderts, insbesondere im Anschluß an die Lehre Puchtas eine das Wesen und die Ursprünglichkeit des Gewohnheitsrechts besser würdigende Erkenntnis Bahn.

---

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 160; ferner Gierke in von Holtzendorfs Enzyklopädie (1903) 6. Aufl. I. S. 444.

[2]) Glück. Ausführliche Erläuterung der Pand. I. Teil (1797) S. 449 f. . . . soviel außer allem Zweifel, daß eine gesetzliche Gewohnheit ihre verbindliche Kraft durch den Willen des Gesetzgebers bekommt, ohne welchen sich überhaupt kein positives Gesetz denken läßt.

[3]) Glück a. a. O. S. 454 f.

[4]) Glück a. a. O. S. 461 f.

[5]) Zitelmann im Archiv für die civilistische Praxis (1883) S. 363.

[6]) Gierke, Deutsches Privatrecht I. Bd. S. 161 und 173.

Allgemeiner Teil.

1. Kapitel.

Gewohnheitsrechtstheorien.

Das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle[1]) hat sich der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft gegenüber als eine Materie erwiesen, deren Behandlung mit den größten Schwierigkeiten verknüpft gewesen ist, und zu den schärfsten Streitigkeiten geführt hat. Den erbitterten Kampf auf wissenschaftlichem Gebiete veranschaulicht die große Zahl einander widersprechender Gewohnheitsrechtstheorien, deren Kenntnis ein dringendes Erfordernis für die genaue Erforschung des Wesens des Gewohnheitsrechtes und für die Aufstellung bestimmter einleuchtender Grundsätze über diese Rechtsquelle bildet.

Der Anfang des Zeitalters der Gewohnheitsrechtstheorien kann nicht vor Beginn des 19. Jahrhunderts verlegt werden. Denn wenn sich auch frühzeitig, am zeitigsten bei den Glossatoren, Bestrebungen dahingehend finden, einzelne Säke über das Gewohnheitsrecht unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zu vereinen, so sind doch umfassende, ins Einzelne gehende und in sich geschlossene Gewohnheitsrechtstheorien erst von dem Augenblicke an entstanden, als Puchta mit seiner epochemachenden Lehre über das Gewohnheitsrecht im Beginn des 19. Jahrhunderts hervorgetreten war. Die von Puchta begründete, von Savigny fortgeführte Theorie der historischen Schule gehört zu der großen Gruppe der subjektiven Gewohnheitsrechtstheorien, deren Vertreter in dem inneren Willens- oder Überzeugungsmoment das ausschließliche oder bei weitem wichtigste Entstehungsmoment der Gewohnheitsrechtssätze erblicken und damit im schroffsten Gegensatze zu den Vertretern der objektiven Gewohnheitsrechtstheorien stehen, die den Hauptnachdruck auf das äußere Moment, die Übung als rechtschaffendes Element legen.

Die Theorie der historischen Schule sieht in dem sogenannten Volksgeist den Erzeuger allen Rechts[2]) und erklärt dies folgendermaßen: Der

---

[1]) Rechtsquelle gleich Entstehungsgrund des Rechts, nicht im Sinne von Rechtserkenntnisquelle, s. Savigny System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840 Bd. 1 S. 13 und 14.

[2]) Savigny a. a. O. 1. Bd. S. 14 unten. Puchta, das Gewohnheitsrecht, Erlangen 1827—1837 Bd. 2 S. 143. Das gesamte Recht ist.... als etwas Nationales und die Volksüberzeugung als die eigentliche Quelle alles Rechts bezeichnet worden.

Volksgeist beruht auf der Gemeinsamkeit der Abstammung, der Grundlage des Volkes im natürlichen Sinne,[1]) welche nicht nur eine leibliche, sondern auch eine geistige Verwandschaft begründet. Wie die Entstehung der Sprache, so ist auch die Entstehung des Rechts auf diese geistige Verwandschaft, den Volksgeist zurückzuführen,[2]) der eine Fülle von Ansichten und Überzeugungen hervorruft, die der Einzelne als Mitglied des Volkes im Gegensatz zu seinen subjektiv besonders gearteten geistigen Richtungen[3]) mit den anderen Volksgliedern gemeinsam hat. Aus dem Volksgeist entspringt eine gemeinsame Rechtsüberzeugung des Inhalts, daß eine bestimmte Regel ein Rechtssatz sei.[4]) Die gemeinsame Rechtsüberzeugung führt, insofern sie den einzelnen Volksgliedern in konkreten Fällen zum Bewußtsein kommt,[5]) zu einer allgemeinen Beachtung eines Satzes und damit zu einem gleichmäßigen Handeln, zu einer Übung. Die Übung bildet nur ein Erkenntnismittel[6]) des bereits mit der gemeinsamen Rechtsüberzeugung vorhandenen Rechtssatzes entweder das einzige oder doch wenigstens das vorzüglichste. Daher ist die Bezeichnung „Gewohnheitsrecht" insofern nicht besonders zutreffend, als dadurch die Meinung hervorgerufen werden könnte, daß die Gewohnheit, d. h. die Übung ein Entstehungserfordernis des Rechts sei.[7])

Der Volksgeist und die ihm entspringende allgemeine Rechtsüberzeugung unterliegen dem Einfluß der Fortentwickelung des Lebens der Völker. Darauf ist wie die Entwickelung der Sprache, so auch die Entwickelung des Rechts zurückzuführen. Die Art der Rechtsentwickelung ist ebenso wie die der Sprachentwickelung eine organische, d. h. beruhend auf innerer Kraft und Notwendigkeit der Wandlung wirtschaftlicher Lebensbedingungen, unabhängig von Zufall und individueller Willkür.[8]) Es läßt sich nicht leugnen, daß die Fortbildung des Rechts durch das gesamte Volk im Laufe der Zeit immer größeren Schwierigkeiten begegnen muß. Das Volk wird sich mit der Zersplitterung in einzelne Stände und Berufsklassen und der wissenschaftlichen und umfangreichen Ausbildung des Rechts nicht in demselben Maße wie in seiner Jugendzeit befähigt erweisen, Träger des Volksrechtes zu sein. Nur seinen Grundzügen nach wird, wie Savigny[9]) sagt, das Recht im gemeinsamen Bewußtsein des Volkes

---

[1]) Puchta a. a. O. Bd. 2 S. 134 und 137.

[2]) Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 15.

[3]) Puchta a. a. O. Bd. 2 S. 139 u. Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 14.

[4]) Die gemeinsame unmittelbare Überzeugung von dem „Dasein" und der Gültigkeit einer Rechtsregel. Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 146 unten.

[5]) Daß eine Ansicht allen Volksgliedern zum Bewußtsein kommt, gehört durchaus nicht zur Existenz einer Volksüberzeugung. Puchta a. a. O. Bd. 2 S. 17.

[6]) Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 35 u. 146. Puchta a. a. O. Bd. 2 S. 144. Diese Übung einer rechtlichen Überzeugung, welche jene unmittelbare Volksüberzeugung zur Quelle hat, heißt Sitte, und diese ist sonach die Erscheinung jenes Rechts.

[7]) In Ausnahmefällen erkennt allerdings auch Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 35 u 36 die Übung auch als rechtsbildenden Faktor an.

[8]) Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 17.

[9]) Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 45.

fortleben. In seinem Detail wäre aber eine Zersplitterung des Rechts zu besorgen, wenn nicht ein Stand vermöge seiner besonderen Stellung die genauere Ausbildung und Anwendung des Rechts im Sinne und als Repräsentant des allgemeinen Volksbewußtseins in die Hand nähme, der Juristenstand.[1]) Dabei ist zu beachten, daß nicht die besonderen wissenschaftlichen Überzeugungen des Juristenstandes die rechtsbildenden Faktoren sind, sondern die nationalen Rechtsüberzeugungen im engsten Anschluß und unter der Herrschaft des Volksgeistes.[2]) Ebenso ist auch die dritte Rechtsquelle, nämlich der durch den allgemeinen Willen hervorgebrachte Staat in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber nichts anderes als ein Organ des Volksgeistes.[3]) Das Dasein dieser Rechtsquelle findet seine Begründung in der größeren Sicherheit des durch sie geschaffenen Rechts. Ihr Inhalt wird, wie es ihrer Entstehung entspricht, durch den Volksgeist bestimmt. Damit ist aber nicht gesagt, daß sie schon bestehendes Recht zum Inhalt haben muß. Insofern sie nämlich Ansichten des Volkes oder der Juristen zum Ausdruck bringen kann, auch ohne daß diese Ansichten sich zu einer festen Überzeugung und damit zum Rechte verdichtet haben, ist dem Gesetz auch eine gewisse Selbständigkeit zuzuschreiben.[4])

Was zunächst die nicht unmittelbar auf das Gewohnheitsrecht bezüglichen Sätze der historischen Theorie betrifft, so ist an ihnen ganz besonders das Irrige dieser Theorie erwiesen worden und ersichtlich. Das Gesetz als ein Organ des Volksgeistes hinzustellen, ist ebenso eine durch die geschichtlichen Tatsachen widerlegte Behauptung, als diejenige, welche die Entwickelung allen Rechts als eine organische mit der Sprachbildung auf gleiche Stufe stellt. Die organische Entwickelung allen Rechts ist nichts anderes als ein ideales Phantasiebild der historischen Schule. Es ist ein Hauptverdienst Iherings[5]) uns von dem falschen Zauber des blendend dargestellten Bildes befreit und vor uns ein anderes Bild des werdenden Rechts entrollt zu haben, das mehr den Tatsachen des wirklichen nüchternen Lebens entspricht. Wir sehen uns durch Ihering auf einen Kampfplatz versetzt, wo um die Sätze, die das äußere Zusammenleben der Menschen in bindender Weise regeln sollen, ein Kampf tobt, der um so weniger heftig ist, je einfacher das Leben der betreffenden Menschengemeinschaft ist, der aber an Schärfe zunimmt mit den sich steigernden Gegensätzen der einzelnen Personen oder Personenklassen. Die Verschieden-

---

[1]) Puchta a. a. O. Bd. 2 S. 161 ff. Gewohnheitsrecht und Juristenrecht gehen aus zwei ganz verschiedenen Quellen hervor.

[2]) Puchta a. a. O. Bd. 2 S. 147, 166 u. 167. Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 46.

[3]) Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 39 ff. Puchta a. a. O. Bd. 2 S. 143 u. 145 ff. Gesetzgeber und Juristen sind Repräsentanten, welche das Volk bei der Produktion seines Rechts vertreten.

[4]) Puchta a. a. O. Bd. 2 S. 146.

[5]) Ihering, Kampf ums Recht S. 7—20, vergl. ferner Iherings Geist des römischen Rechts und die Entwickelungsgeschichte des römischen Rechts; der Kampf ums Recht ist aber nicht der einzige Entwickelungsgang des Rechts, denn wie Sturm (Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht S. 241) sagt, ist das Ziel des Rechts der Friede, aber das Mittel dazu nicht nur der Kampf.

artigkeit der Interessen und Bedürfnisse, der religiösen und politischen Anschauungen drängt das Willensmoment als rechtsbildenden Faktor besonders in den Vordergrund, das bei der Sprachbildung, einer sich eng an die Natur anschließenden, fast unbewußten Entwickelung kaum wahrzunehmen ist. Die Nichtbeachtung des Willens als eines an der Rechtsbildung teilnehmenden Faktors ist insbesondere bei der Charakterisierung des Gesetzes durch die historische Schule in die Augen fallend. Wie wenig das Gesetz ein Organ des Volksgeistes oder einer allgemeinen Rechts- oder Vernunftsüberzeugung ist, beweisen so zahllose Beispiele aus der Geschichte, daß sich hier eine besondere Bezugnahme erübrigt. Die Quelle des vom Gesetzgeber geschaffenen Rechts ist nichts anderes als sein ausgesprochener Wille.[1]) Es kann nicht darauf ankommen, welchen Umständen[2]) der Gesetzgeber sein Dasein verdankt oder auf welche Umstände im einzelnen Falle die Bildung des gesetzgeberischen Willens zurückzuführen ist, denn nach beiden Richtungen hin kann ein einheitliches, also charakteristisches Moment nicht ausfindig gemacht werden. Es kann allerdings die Willensbildung des Gesetzgebers im einzelnen Falle durch eine Rechts- oder Vernunftsüberzeugung des Gesetzgebers oder des Volkes veranlaßt sein, ebenso aber auch durch eine Laune eines Herrschers. Ferner steht nichts im Wege, das Dasein des Gesetzgebers nicht weniger in der genialen Kraft einzelner zum Herrschen berufener Personen als in einer allgemeinen Rechts- oder Vernunftsüberzeugung begründet zu finden. Da also lediglich der ausgesprochene Wille des Gesetzgebers diese Art der Rechtsquelle charakterisiert, so wird die Selbständigkeit der Rechtsquelle und ihre Unabhängigkeit vom Gewohnheitsrecht geradeso einleuchtend erwiesen, wie später bei Erwähnung der Gestattungstheorie sich umgekehrt die Unabhängigkeit des Gewohnheitsrechtes vom Gesetze zeigen wird.

Was die aus dem Volksgeiste entspringende allgemeine Rechtsüberzeugung der historischen Schule betrifft, so ist sie nach zweifacher Richtung hin unrichtig charakterisiert; erstens insofern sie als ausschließlich national, zweitens insofern sie als eine Überzeugung von der Positivität eines Rechtssatzes dargestellt wird. Jede Menschengemeinschaft als solche ist fähig, für ihr Zusammenleben bindende Normen zu schaffen und Träger einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung zu sein. Denn bereits vor der Bildung einer sogenannten Nation war Recht vorhanden und auch nach der Bildung des Nationalstaates finden wir Recht, das nur innerhalb kleinerer Kreise als der Nation gilt, wie auch solches, das sich über die nationale Gemeinschaft hinaus erstreckt und vielleicht zwei oder mehrere Nationen

---

[1]) Daß die bloße gesetzgeberische Willensäußerung Recht schafft, ist durch das Dasein des Gesetzgebers zu begründen. Selbst ein vernunftwidriger Satz kann auf diesem Wege und zwar leicht (im Gegensatze zur Gewohnheitsrechtsbildung hierüber s. u.) zum Rechtssatze werden. Allerdings dürfte durch die Verkündung solcher Sätze die Stellung des verkündenden Gesetzgebers untergraben werden.

[2]) d. h. welchen näheren Umständen. Auf eine philosophische Begründung des Daseins des Gesetzgebers überhaupt, kommt es hier, wo es sich nur um das geltende Recht handelt, nicht an.

umfaßt. Soviel muß jedoch, wie Dahn[1]) hervorhebt, zugegeben werden, daß das Normale das im Staate erwachsene Recht ist, und daß, wenn sich der Staat auch nie mit dem Volke im natürlichen Sinne, der Nation, deckt, das Recht des Staates entweder infolge Überwiegens einer Nation oder doch wenigstens infolge sich neu ausbildender gemeinsamer Eigentümlichkeiten oft eine nationale Färbung erhält, die auch bei dem Rechte kleinerer Kreise, ja sogar auch beim Völkerrecht,[2]) erkennbar sein wird. Ist also hier das Versehen der historischen Schule nicht allzu schwer, so gilt das nicht von der Auffassung, daß die Rechtsüberzeugung bei der Bildung des Gewohnheitsrechtes sich auf einen positiven Rechtssatz, d. h. darauf bezieht, daß ein Satz durch seinen Wert und Inhalt bereits Recht sei. Denn ein inneres theoretisches Recht, wie Dahn[3]) es annimmt, ist nicht als Recht im gewöhnlichen Sinne zu verstehen. Als Recht gilt nur das, was gilt, auch tatsächlich das äußere Leben der Menschen beherrscht oder, wie Windscheid[4]) sagt, Recht ist nur diejenige ihrem Sinne nach unverletzlich gelten wollende Regel des Zusammenlebens, welche im allgemeinen Gehorsam findet. Soll nun auch, wie Dahn sagt, der Richter auftauchende Rechtsfälle nach der gemeinsamen Überzeugung entscheiden dürfen und müssen, so bleibt doch, ob er es tun wird, eine andere Frage, ebenso wie die, ob die Träger der gemeinsamen Überzeugung selbst sich ihrer Überzeugung unterwerfen werden. Die Überzeugung kann demnach nur dahin gehen, daß ein Satz als Rechtssatz zur Anwendung kommen muß, nicht aber gleichzeitig auch dahin, daß mit dem Vorhandensein dieser Überzeugung „ein Rechtssatz" vorhanden ist. Aber auch eine solche Überzeugung von der Notwendigkeit eines Satzes als Rechtssatz — die historische Schule nimmt sogar eine Überzeugung von der Existenz eines Rechtssatzes mit dem Volksgeist als von vornherein gegeben an — wird nur in den allerseltensten Fällen mit dem Auftauchen des Satzes von vornherein vorhanden sein, sich vielmehr erst aus der Überzeugung von der bloßen Angemessenheit oder Zweckdienlichkeit des Satzes entwickeln. So wenig hat sich die historische Theorie als historisch erwiesen, daß man sie als romantisch und spiritualistisch bezeichnet hat. Sie hat aber das große Verdienst, die falsche Theorie der naturrechtlichen Schule über die Rechtsbildung widerlegt zu haben, daß nämlich die Vernunft in begrifflicher Entwickelung ein von Zeit und Ort unabhängiges Recht schaffe. Demgegenüber hat die historische Schule den Zusammenhang mit dem wirklichen Leben, namentlich, wenn auch in übertriebener Weise, mit dem nationalen Leben betont.

---

[1]) Dahn, Das Gewohnheitsrecht in der Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung und für ein einheitliches deutsches Recht, herausgeg. von Behrend Bd. 6 S. 564.

[2]) „Das Völkerrecht nimmt notwendig Einflüsse der Nationen auf, welche es verbindet." Dahn, G.R. S. 564.

[3]) Dahn, Gewohnheitsrecht S. 567 und 568.

[4]) Windscheid, Lehrbuch der Pandekten 8. Aufl. Bd. 1 S. 68 Anm. 5 unten.

Bei dem Gegenüberstehen dieser beiden Theorien konnte es nur zu verlockend erscheinen, eine Vereinigungstheorie zu schaffen, die die Vorzüge dieser Theorien miteinander verbindet. Als ein noch mißglückter Versuch ist die Theorie von Adickes[1]) zu bezeichnen. Sie stellt im Anschluß an die Naturrechtstheorie die Vernunft als die Quelle des Rechts auf. Adickes will aber die Vernunft nicht im Sinne der naturrechtlichen Schule, d. h. als eine frei aus sich herausschaffende verstanden wissen, sondern sucht nach einer objektivierenden Schranke.[2]) Indem er den Hinweis der historischen Schule auf den Zusammenhang des Rechts mit den faktischen Verhältnissen berücksichtigt, findet er die Natur der Sache als die gesuchte feste Größe. Dahn[3]) hat aber nachgewiesen, daß die Natur der Sache keineswegs eine feste, sondern eine relative Größe ist, die nicht zu allen Zeiten und nicht an allen Orten und nicht bei allen Personen stets dieselbe ist. Dahn sieht das objektivierende Moment der Vernunft, die auch er zur Grundlage seiner Rechtstheorie macht, in dem Nationalcharakter und den geschichtlichen Voraussetzungen der betreffenden Gemeinschaft.[4])

Dahn begründet seine Theorie mit folgenden Ausführungen.[5]) Der Mensch, durch das Naturgesetz zur Gesellung gezwungen, bedarf für das Zusammenleben einer Ordnung, ein Bedürfnis, das seine Begründung in dem aus der Vernunft entspringenden Rechtstriebe findet. Der Rechtstrieb drängt nicht nach einer beliebigen Ordnung, sondern nach einer vernünftigen Friedensordnung. Jedoch ist zu befürchten, daß die auf dem Rechtstrieb beruhenden Rechtsanschauungen allzu subjektiv gestaltet sein könnten, um zu einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung zu führen. Diese Gefahr wird wesentlich durch eine objektive Schranke beseitigt, die der Vernunft in den einzelnen rechtserzeugenden Subjekten selbst gesetzt ist. Die Schranke besteht in der Gebundenheit des Einzelnen an die Summe der geschichtlichen Voraussetzungen[6]) und den Nationalcharakter, welche in den Einzelnen eine gewisse Gleichmäßigkeit ihrer Anschauungen mit denjenigen ihrer Lebensgenossen begründet. Wenn Dahn[7]) nun weiter fortfährt, daß mit der Bildung einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung selbst vor ihrer Betätigung in einzelnen Anwendungen auch Recht vorhanden sei, so gibt er hierüber dadurch Aufklärung, daß er das Wort Recht in einem anderen als dem gewöhnlichen Sinne versteht. Er erklärt nämlich als Recht alles das, woraus die Richter ihre Entscheidungen schöpfen

---

[1]) Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquelle und über das Gewohnheitsrecht, 1872.

[2]) Adickes a. a. O. S. 13 und 14.

[3]) Dahn, Gewohnheitsrecht S. 559 und 560.

[4]) Dahn, Gewohnheitsrecht S. 555. Es gibt eine subjektive Vernunft überall nicht.

[5]) Dahn, Gewohnheitsrecht S. 556.

[6]) Dahn, Gewohnheitsrecht S. 560. Gebundenheit an seine Nation und seine Umgebung in Zeit und Raum, an die geschichtlichen Voraussetzungen.

[7]) Dahn, Gewohnheitsrecht S. 567 und 568.

dürfen und müssen, und erkennt demnach die gemeinsame Rechtsüberzeugung deswegen als inneres theoretisches Recht an, weil auftauchende Fälle, für deren Regelung es an einer gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Bestimmung fehlt, aus Vernunftnotwendigkeit nach dieser gemeinsamen Überzeugung entschieden werden müssen. Diese Ansicht scheitert aber daran, daß nicht notwendig ein vom Richter anzuwendender Satz auch ein Rechtssatz ist.[1]) Indem ich nur das als Rechtssatz anerkenne, was Dahn als positiviertes[2]) Recht bezeichnet, m. a. W. was bereits Bestandteil der äußeren Lebensordnung geworden ist (gewordenes Recht), kann ich mich von vornherein diesen Ausführungen Dahns nicht anschließen. Dagegen werden mir seine Ausführungen über die Bildung der gemeinsamen Rechtsüberzeugung unter dem Einfluß des Inbegriffs geschichtlicher Voraussetzungen als äußeren, des Nationalcharakters als inneren Moments später bei der Charakterisierung der opinio necessitatis wichtige Dienste leisten.

Wie die subjektiven Theorien[3]) sich um die Erforschung des inneren Faktors des Gewohnheitsrechtes Verdienste erworben haben, so haben die objektiven Theorien Bedeutendes für die Erfassung des äußeren Faktors geleistet. Aber indem die letzteren Theorien ebenfalls zu einer einseitigen Auffassung gelangt sind, haben sie eine befriedigende Lösung der Frage nach dem Wesen und der Entstehung des Gewohnheitsrechtes nicht erreichen können. Die größte Einseitigkeit nach der objektiven Seite hin läßt sich die sogenannte Übungs- oder Gewöhnungstheorie[4]) zu schulden kommen. Sie sieht in der Übung allein ein wesentliches Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechts.

Als Hauptvertreter dieser Theorie ist Zitelmann[5]) zu nennen. Zitelmann bezeichnet die bisherige gewohnheitsmäßige Befolgung eines Satzes[6]) als „eine stärkste Motivationsquelle zu weiterer Übung eines Satzes“ und schreibt der gegenwärtigen Übung und der ihretwegen in gleicher Weise zu erwartenden zukünftigen Übung eine derart große Autorität zu, daß sich notwendig die in der Übung liegende Tatsächlichkeit in Rechtlichkeit verwandelt. Zwar läßt Zitelmann nicht deutlich erkennen, was er unter dem Begriff des Rechtlichen versteht, aber nach seinen Ausführungen ist mit Rümelin[7]) dieser Begriff höchstwahrscheinlich als

---

[1]) Bereits vor dem Mittelalter unterschieden die Deutschen zwischen einer Entscheidung nach Rechtssätzen und einer Entscheidung per arbitrium; s. Brie a. a. O. S. 233.

[2]) Dahn, Gewohnheitsrecht S. 557 und 568.

[3]) Weitere Vertreter subjektiver Theorien bei Neukamp, Das Gewohnheitsrecht im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 13 S. 98: Stobbe, Brinkmann, Böhlau, Thöl, Böcking, Brandis.

[4]) Vertreter derselben bei Neukamp a. a. O. S. 100. Außer Zitelmann: Rümelin, Eisele, Harum und Lüders, auch Brinz.

[5]) Zitelmann im Archiv für die civilistische Praxis (1883).

[6]) Zitelmann a. a. O. S. 459.

[7]) Rümelin in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (1889) S. 170.

ein sich rechtlich Gebundenfühlen aufzufassen. Bei der Unterstellung dieses Begriffs ist jedoch das Mangelhafte der Zitelmannschen und mit ihr überhaupt jeder Gewöhnungstheorie ersichtlich. Denn wie zahlreich und wichtig auch die Gründe sein mögen, die für den Anschluß an eine bisherige, namentlich althergebrachte Übung sprechen,[1]) so sind sie doch keinesfalls derart, daß sie notwendig die bisherige tatsächliche Herrschaft eines Satzes in eine rechtliche in dem Sinne umwandeln, daß man die bisher übliche Regelung eben der Übung wegen nunmehr für rechtlich notwendig hält. Wenn aber diese Wirkung in keiner Weise als unausbleibliche Folge der Übung hingestellt werden kann, so kann notwendig die Übung allein rechtserzeugendes Element nicht sein. Der von Zitelmann[2]) herangezogene Vergleich mit Naturerscheinungen kann für Erscheinungen auf psychischem Gebiet nicht zutreffen.[3]) Denn wenn auch z. B. die uralte Beobachtung, daß auf den Blitz der Donner folgt, zu der Vorstellung[4]) von der Notwendigkeit des Zusammenhanges dieser Erscheinungen führt, so kann doch bei psychischen Erscheinungen die Notwendigkeit des Aufeinanderfolgens zweier Erscheinungen schon deswegen nicht aus einem bisher Gewöhnlichen oder Regelmäßigen gefolgert werden, weil hier das weite Gebiet der Lust und Unlust ein Abspringen von der bisherigen Übung jederzeit als möglich erscheinen läßt. Unter welchen Voraussetzungen aber das Abweichen von einem bisher Üblichen als Verletzung einer Rechtsregel empfunden wird, darauf gibt uns die Gewöhnungstheorie keine Antwort. Indem sie nur ein äußeres Moment, die Übung, als ausreichend für die Rechtserzeugung hinstellt, läßt sie uns im Stich bei der Frage, worin sich ein gewohnheitsmäßiges Handeln, das einem Anstands- oder Sittlichkeitsgefühl entspringt, von der wiederholten Anwendung eines Satzes als Rechtssatz unterscheidet.[5])

Neuerdings hat Matthiaß[6]) auf vollständig objektiver Grundlage[7]) eine Rechtstheorie aufgestellt. Matthiaß verlangt für die Entstehung des Gewohnheitsrechts erstens Übung der Regel, zweitens Funktion derselben als Rechtsregel, d. h. daß dieselbe wie eine Rechtsregel die fraglichen Lebensverhältnisse beherrscht. Vom subjektiven Verhalten der Übenden zur Regel, der opinio necessitatis, sieht er deswegen als von einem Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechtes ab, weil sonst die Feststellung der Existenz des Gewohnheitsrechtes ins Unsichere geraten

---

[1]) vgl. die treffende Zusammenstellung der Gründe bei Rümelin a. a. O. S. 179—183.

[2]) Zitelmann a. a. O. S. 461.

[3]) So auch Rümelin a. a. O. S. 171.

[4]) Diesen Gedanken . . . tut die Seele aus ihrem Eigenen hinzu. Zitelmann a. a. O. S. 461.

[5]) vgl. Wachsmann, Der Begriff des Gewohnheitsrechts. Inaugural-Dissertation (Breslau 1902) S. 13 ff.

[6]) Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1900 Bd. 1 § 6.

[7]) Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. Bd. 1 S. 34 und Anm. 2 hat nur die außerordentliche Macht im Auge, die der dauernden Befolgung einer Regel innewohnt.

könnte. Er will die opinio necessitatis nur als ein Indizium gelten lassen, das aber erst nach dem Gerichtsgebrauch zur Verwendung kommt. Mir scheint dies ein wenig glücklicher Gedanke, der zu den Fehlern der Übungstheorie zurückkehrt. Wie soll denn anders als durch das Zurückgehen auf die Rechtsüberzeugung die Funktion einer Regel als Rechtssatz festgestellt werden? Matthiaß antwortet: Wenden die Gerichte den Satz an, so wird nach der Überzeugung der Übenden auch nicht weiter zu fragen sein. Also wird z. B. eine bloße Handelsusance, wenn die Gerichte sie anwenden, als Rechtssatz zu gelten haben! Die mühsam errungene Abgrenzung einer Rechtsübung von sonstigem gewohnheitsmäßigen, von den Gerichten zu berücksichtigenden Handeln wird verwischt und damit eine Unsicherheit heraufbeschworen, die in keinem Verhältnis zu derjenigen Unsicherheit steht, die durch die schwere Feststellbarkeit der Rechtsüberzeugung entstehen könnte.

Der Versuch, subjektive und objektive Theorien zu verschmelzen, hat zu Theorien geführt, die immer noch zu einseitig waren. Man war darüber einig, daß die Rechtsüberzeugung und die Übung die Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts bilden sollten, aber nun entspann sich ein Streit, in welchen Zusammenhang man die beiden Erfordernisse bringen sollte. Die Vertreter der neueren historischen Schule [1]) sprechen sich dahin aus, daß die Übung erst auf die Überzeugung folge. Sie weisen der Übung keine größere Bedeutung zu, als etwa die Publikation des Gesetzes für den gesetzgeberischen Willen hat. [2]) Als etwas rein Innerliches könne die theoretische Überzeugung noch kein Recht schaffen, erst dann sei sie dazu imstande, wenn sie durch fortgesetzte Betätigung stark genug geworden sei, um auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einzuwirken. Es wird stets von der von vornherein vorhandenen Rechtsüberzeugung ausgegangen und dabei übersehen, daß der Übung doch eine die Rechtsüberzeugung erst ausbildende Bedeutung zukommen kann. Denn ein Blick auf das praktische Leben lehrt, daß oft das Gefühl der bloßen Zweckdienlichkeit oder Angemessenheit eines Satzes durch die Betätigung in Anwendungen zum Gefühle der Rechtlichkeit des Satzes erstarkt. Dieses Moment wird namentlich von Baron und Brinz [3]) hervorgehoben. Insofern sie aber den Entwickelungsgang: vorhandenes Gefühl von der Angemessenheit eines Satzes, sich darauf gründende Übung und schließlich Auftauchen einer Rechtsüberzeugung statt als etwas Regelmäßiges als etwas Ausschließliches hinstellen, gehen sie über das Ziel hinaus. Es ist

---

[1]) Keller, Pandekten (1861) § 3; Wächter, Pandekten (1880) § 22; Regelsberger, Pandekten (1893) § 2; aufgezählt bei Eich, Gewohnheitsrecht und Gewohnheitsrechtstheorien, Inaugural-Dissertation, Erlangen 1896.

[2]) Anschütz und Völdernorff, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch Bd. 1 S. 16.

[3]) Baron, Pandekten (1890) § 4; Brinz, Pandekten (1884) § 26. Beide werden mitunter auch zu den Vertretern der Übungstheorie gezählt, da sie die Rechtsüberzeugung lediglich als etwas Sekundäres und ihr gegenüber die Übung stets als etwas Primäres in der Gewohnheitsrechtsbildung hinstellen.

nämlich sehr leicht denkbar, daß, wie z. B. Dahn[1]) anführt, in einem germanischen Stamm (vielleicht weil es bei anderen Stämmen so Recht ist) vor praktischer Anwendung die Rechtsüberzeugung auftaucht, daß der Römer das halbe Wergeld haben soll. Ebenso ist es auch denkbar, daß bei Kundgebung irgend welcher Börsenbedingungen durch die Börsenorgane vor der Übung die Überzeugung auftaucht, daß darnach und nicht anders und zwar von Rechtswegen zu handeln ist. Aber ist damit der betreffende Satz zum Rechtssatz geworden und genügt es nunmehr, daß die Überzeugung irgendwie erkennbar wird? Darauf hat uns bereits die neue historische Schule geantwortet. Die Übung ist der Faktor, durch welchen die Rechtsüberzeugung in einen Rechtssatz übergeleitet wird, m. a. W. der Faktor, welcher die Rechtsüberzeugung aus dem Kreise der Theorie auf die Praxis überträgt, ihr zum Charakter einer das äußere Zusammenleben beherrschenden Norm verhilft.

Ganz abseits[2]) von den bisher genannten subjektiven, objektiven und Vereinigungstheorien steht die Gestattungstheorie. Sie stellt die Genehmigung des Gesetzgebers als besonderes Erfordernis für die Entstehung oder genauer für die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts auf. Mit Recht hebt Zitelmann hervor, daß die Gestattungstheorie auf alle Spezialfragen uns keine ausreichende Antwort zu geben vermag,[3]) was namentlich bei der Frage nach den Entstehungserfordernissen hervortritt, denn „indem sie einen äußeren Grund für die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts angibt, läßt sie die Frage offen, was denn den Gesetzgeber motiviert, den von ihm gesetzten Erfordernissen die Kraft, wirkliches Recht zu produzieren, beizulegen“.[4]) Ferner ist gegen diese Theorie einzuwenden, daß nicht zu allen Zeiten, zu denen Gewohnheitsrecht bestanden hat, auch immer eine gesetzgeberische (ausdrückliche oder stillschweigende) Genehmigung vorhanden gewesen ist, zumal in den frühesten Zeiten der Gesetzgeber über die Geltung des Gewohnheitsrechts gar nicht reflektiert hat.[5]) Der Mangel der Gestattungstheorie liegt darin, daß sie den in der Macht der Tatsachen und der inneren Überzeugung liegenden selbständigen Entstehungsgrund des Rechts verkennt. Die Unabhängigkeit des Gewohnheitsrechts vom Gesetze hat sich in der Rechtsgeschichte mit unwiderleglicher Bestimmtheit, und zwar namentlich dann erwiesen, wenn der Gesetzgeber die Bildung von Gewohnheitsrecht untersagte.

Eine der Gestattungstheorie sehr nahestehende, viele Fehler derselben aber vermeidende Theorie ist von Bülow[6]) in seinen Briefen eines Unbekannten aufgestellt worden. Er bestreitet die Existenz des Gewohnheitsrechts als einer selbständigen Rechtsquelle insofern, als er ohne eine

---

[1]) Dahn, Deutsches Rechtsbuch S. 50 und 51.

[2]) Aber nicht gleichartig gegenüber, s. Zitelmann im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 66 S. 363 Abs. 3.

[3]) Zitelmann a. a. O. S. 362 und 363.

[4]) vgl. auch Wachsmann, Inaugural-Dissertation (Breslau 1902) S. 17.

[5]) Zitelmann a. a. O. S. 363 und 364.

[6]) Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft. Leipzig 1902.

zentrale [1]) Gewalt (gesetzgebende und ursprünglich richterliche) eine Rechtsbildung für undenkbar hält. Denn eine solche zentrale Gewalt sei erforderlich, meint Bülow, um erstens die Gedanken und Überzeugungen der einzelnen Volksgenossen über das Rechtgemäße und Rechtswidrige zur Übereinstimmung zu bringen, zweitens sie zu einer einheitlichen Rechtsüberzeugung erstarken zu lassen und drittens sie in ein einheitliches energisches Wollen, wie es zur Hervorbringung von Rechtsvorschriften erforderlich ist, umzusetzen. [2]) Indem aber Bülow selbst Volkssitten verschiedenster Art auch ohne eine zentrale Gewalt als bestehend annimmt, [3]) widerlegt sich aus seinen eigenen Ausführungen die Notwendigkeit der Centralgewalt für die Rechtsbildung in ihrer ersten Funktion. Bezüglich der zweiten Funktion ist Bülow den Beweis schuldig geblieben, daß nur eine obrigkeitliche, namentlich eine richterliche Gewalt die Bildung einer Rechtsüberzeugung herbeizuführen vermag, vielmehr gibt er selbst zu, daß sich in der gesetzesarmen Zeit regelmäßig die Rechtsprechung vom Rechtsgefühl der Volksgenossen wird haben leiten lassen. [4]) Endlich ist von Bülow auch nicht dargetan, daß nur die obrigkeitliche Gewalt der Gemeinschaft, nicht auch die Gemeinschaft selbst imstande ist, ein energisches Wollen zu äußern, welches hinreichend ist, um auf die Gestaltung der äußeren Lebensverhältnisse einen entscheidenden Einfluß auszuüben. Obwohl Bülow dem unorganisierten Volke die Kraft abspricht, aus sich selbst heraus, d. h. aus seiner eigenen Überzeugung und durch seinen eigenen Willen, ohne eine Sanktion der Staatsgewalt eine rechtsverbindliche Norm zu schaffen, [5]) hält er andererseits in Verkennung der Tatsache, daß darin jedenfalls eine viel größere Volksmacht sich äußert, die Existenz der Obrigkeit für gefährdet, [6]) wenn sie allzu willkürlich mit den Volksanschauungen umspringt. [7])

2. Kapitel.

Entstehung von Gewohnheitsrechtssätzen.

Nach dem Gesagten ist der Weg zur Aufstellung bestimmter Grundsätze über die Entstehung und die Kraft des Gewohnheitsrechtes geebnet. Es ist, wie bereits angedeutet, bei der Entstehung des Gewohnheitsrechtes zwischen der Entstehung der Rechtsüberzeugung (opinio necessitatis) und

[1]) Bülow a. a. O. S. 106. „Die Staatsgewalt ist schon von Anfang an bei der Rechtsbildung wesentlich beteiligt gewesen"; auch S. 104, 105 und 109.
[2]) Bülow S. 75, 76 und 105.
[3]) Bülow S. 77, 78; S. 104 soziale Gewöhnungen.
[4]) Bülow a. a. O. S. 95.
[5]) Bülow S. 95, 105.
[6]) Bülow a. a. O. S. 93.
[7]) vgl. im übrigen die wesentlich andere Kritik von Wachsmann, Der Begriff des Gewohnheitsrechts, Inaugural-Dissertation (Breslau 1902) S. 19.

der Entstehung der Übung zu unterscheiden. Es ist denkbar und wohl auch die gewöhnliche Erscheinung,[1]) daß die Rechtsüberzeugung der Übung ihr Dasein verdankt, es ist aber umgekehrt auch möglich, daß die Übung sich auf eine bereits vor der Übung vorhandene Rechtsüberzeugung gründet. Damit es nun zur Bildung eines Rechtssatzes kommt, ist erforderlich, daß beide Elemente in der Weise zusammenwirken, daß die Übung den Satz zu einer das äußere Leben der Menschen beherrschenden Regel macht und die damit verbundene Rechtsüberzeugung den Satz (im Gegensatze zur bloßen Gewohnheit oder Sitte) zu einem Rechtssatze erhebt. Auf diesen Vorgang ist genauer einzugehen.

Es fragt sich, wann ist ein Rechtssatz vorhanden.

Ein Blick auf das praktische Rechtsleben gibt uns zur Antwort: ein Satz ist als Rechtssatz in dem Augenblick vorhanden, wo ihm als solchem von der in Frage kommenden Menschengemeinschaft gehorcht wird, oder genauer, wo er allgemein als Rechtssatz von ihr anerkannt wird. Es ist nicht erforderlich, daß der Satz von allen anerkannt wird, es ist aber auch nicht ausreichend, daß er von einzelnen anerkannt wird. Ausschlaggebend ist die Anerkennung einer starken Majorität, durch die der Satz mit der genügenden tatsächlichen Macht ausgestattet wird, die für seine Existenz als Glied in der äußeren Lebensordnung erforderlich ist.[2]) Der Gesetzgeber wird durch den in der vorgeschriebenen Form erfolgten Ausspruch eines Satzes schon hierdurch allein die Bedingungen für das Vorhandensein eines Rechtssatzes setzen,[3]) denn auch hier lehrt uns ein Blick auf das praktische Leben, daß regelmäßig dem vom Gesetzgeber verkündeten Satze als einem Rechtssatze gehorcht wird. Wie steht es nun mit dem Gewohnheitsrecht? Wann ist ein Gewohnheitsrechtssatz vorhanden, d. h. wann wird einem nicht vom Gesetzgeber verkündeten Satze als Rechtssatz gehorcht? Die Übung allein beweist mir, daß einer Regel gehorcht wird, sie berechtigt mich auch, wie das praktische Leben zeigt, zu der Annahme, daß ihr weiter gehorcht wird, aber sie allein eröffnet mir nicht die Eigenschaft, in welcher dem Satze der Gehorsam gezollt wird.[4]) Wenn ich mich mit der Regel in Widerspruch setze, ist es das allgemeine Rechtsgefühl, welches sich dagegen auflehnt und nach Rechtszwangsmitteln heischt, oder ist es etwa nur ein Anstandsgefühl, das die genannten Zwangsmittel nicht fordert, sondern mit anderen Mitteln, etwa Mißachtung, Appellation an das eigene Anstandsgefühl der Widersprechenden den Widerspruch zu bekämpfen sucht? Wie steht es umgekehrt mit der Überzeugung allein, sei es, daß sie sich durch die Übung gebildet hat oder

---

[1]) Gerade umgekehrt. Wachsmann a. a. O. S. 21.

[2]) Windscheid, Lehrbuch der Pandekten (1900) Bd. 1 S. 68. Anm. 5, ferner Stammler, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung (1896) S. 440 ff. und 485 ff.

[3]) Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht, S. 207.

[4]) vgl. Wachsmanns Inauguraldissertation, Der Begriff des Gewohnheitsrechts (1902) S. 13 und 14.

nicht? Die Rechtsüberzeugung allein bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als daß man einen Satz als rechtlich notwendig ansieht. Damit ist aber noch nicht die Bedingung für das Vorhandensein eines Rechtssatzes gegeben, daß nämlich der Satz als Rechtssatz anerkannt wird.[1]) Es sind sehr leicht Fälle denkbar, in denen man von der rechtlichen Notwendigkeit eines Satzes durchdrungen ist und doch nicht im entferntesten daran denkt, sich ihm zu unterwerfen. Erst der Wille, sich dieser seiner Rechtsüberzeugung zu unterwerfen und die Betätigung desselben durch Unterwerfung unter die Norm in wiederholten Anwendungen führt zur Entstehung des Rechtssatzes. Das bloße Erkennen einer Rechtsüberzeugung[2]) nützt hier nichts.[3]) Die Überzeugung muß durch den Willen in die Tat umgesetzt werden und zwar derart, daß sie zur Herrschaft über die Überzeugten und auch einzelne Widerstrebende gelangt.[4]) Erst durch die Übung kommt es dahin, daß der Satz die genügende tatsächliche Macht in einer allgemeinen Anerkennung findet. In der Hervorkehrung des Willensmomentes für die Gewohnheitsrechtsbildung hat sich besonders Sturm ein hervorragendes Verdienst um die Erforschung dieser Lehre erworben. Aber wie oft beim Auffinden eines glücklichen Gedankens der Finder im Hervorheben des Gedankens nicht weit genug gehen kann und dabei in ein Extrem verfällt, so ist auch Sturm diesem Schicksal nicht entgangen. Mit den Worten Sturms:[5]) „Allein das materielle Recht ist Wille, der weder wahr noch unwahr ist, sondern Wille und nur Wille ist," sehen wir Sturm in eine Übertreibung verfallen.[6]) Für das Gesetzesrecht soll der Satz zutreffen, für das Gewohnheitsrecht ist er jedenfalls übertrieben. Denn das Gewohnheitsrecht stellt das unbewußte Werden im Gegensatz zum Gesetze, dem bewußten Werden des Rechts dar. Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß man nicht deswegen übt, um Recht zu schaffen, und daß auch auf diesem Willen nicht die Entstehung des Gewohnheitsrechtes beruht. Fragt man sich aber nun, wie es kommt, daß dennoch der geübte Satz zum Rechtssatze wird, ohne daß man ihn zum Rechtssatze machen will, so müssen wir eben, um eine Antwort hierauf zu erhalten, den Bereich des Willens verlassen und, wie bereits näher ausgeführt, uns der Hilfe einer vom Willen unabhängigen Macht, der dem Rechtstrieb entspringenden gemeinsamen Rechtsüberzeugung bedienen. Es ist zugegeben, daß die Überzeugung ohne die entsprechende Betätigung, ohne den Willen die Gewohnheitsrechtsbildung nicht zustande bringen kann. Ebenso muß

---

[1]) Daß ein Recht gilt, heißt, daß einem Rechtsbefehl gehorcht wird. Sturm a. a. O. S. 194.

[2]) s. d. Abweichung bei Sturm a. a. O. S. 207.

[3]) Schmidt, das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens S. 51; Beseler, erster Nachtrag zu Volks- und Juristenrecht (1844) S. 12.

[4]) Wie es kommt, daß selbst anfangs Widerstrebende einer Regel Gehorsam leisten, sich ihr unterwerfen werden, darüber s. Dahn, Gewohnheitsrecht S. 573.

[5]) Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht S. 207 unten.

[6]) Vertreter der Willenstheorie bei Neukamp im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 12 S. 99.

aber auch umgekehrt dem Willen ohne die entsprechende Rechtsüberzeugung eine ausschlaggebende Bedeutung für die Gewohnheitsrechtsbildung abgesprochen werden. Die Notwendigkeit und Art des Zusammenwirkens beider Faktoren ist mir so überaus wichtig erschienen, daß ich es für angebracht gehalten habe, hierauf an erster Stelle hinzuweisen.

An zweiter Stelle ist auf die Entstehungserfordernisse[1]) gesondert einzugehen. Die opinio necessitatis[2]) bedeutet, wie erwähnt, nicht die Überzeugung von dem Vorhandensein eines Rechtssatzes,[3]) sondern das Durchdrungensein von der rechtlichen Notwendigkeit eines bestimmten Verhaltens.[4]) Die Rechtsüberzeugung muß, um zur Bildung von Gewohnheitsrecht zu führen, eine allgemeine sein.[5]) Die Allgemeinheit der Rechtsüberzeugung kann auf die verschiedensten äußeren und inneren Faktoren zurückzuführen sein, zu denen der Nationalcharakter als inneres, die Summe der geschichtlichen Voraussetzungen als äußeres Moment zu zählen sind. Am häufigsten wird, wie Dahn hervorhebt,[6]) deswegen eine Übereinstimmung der Rechtsanschauungen der Glieder einer Lebensgemeinschaft eintreten, „weil die zu ordnenden Probleme und die in den äußeren natürlichen wirtschaftlichen, historischen Voraussetzungen für die Art dieser Ordnung gegebenen Anhaltspunkte gemeinsam sind."

Als zweites Erfordernis kommt die Übung in Betracht, d. h. ein bestimmtes Verhalten entsprechend dem als rechtlich notwendig empfundenen Satze.[7]) Sie muß, um zur Bildung von Gewohnheitsrecht zu führen, eine gewisse Dauer haben und gleichförmig sein.[8]) Das Erfordernis einer gewissen Dauer ergibt sich aus dem Umstande, daß die Übung nicht dazu dient, die Rechtsüberzeugung erkennbar zu machen, — denn hierzu könnte eine einzelne Handlung ausreichen,[9]) daß sie vielmehr dazu bestimmt ist, der Überzeugung zur Herrschaft in der äußeren Lebens-

---

[1]) Über den Gegensatz von Entstehungserfordernissen und Erkenntnismitteln des Gewohnheitsrechts s. Neukamp a. a. O. S. 101—103.

[2]) Über die opinio necessitatis s. Pfaff und Hoffmann, Kommentar zum österreichischen allgemeinen B.G.B. Bd. 1 S. 231, Anm. 53.

[3]) so z. B. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 2. Aufl. Bd. 1 S. 329 und Gareis, B.G.B. 2. Aufl. Einl. S. XXIV.

[4]) Bei permissiven Rechtsnormen tritt an Stelle der opinio necessitatis eine opinio libertatis. Kuhlenbeck in der juristischen Wochenschrift 24. Jahrg. S. 158.

[5]) Eine Gesamtüberzeugung in dem Sinne, eine „allgemeine" Ansicht zur Geltung zu bringen, wie sie Wachsmann der Begriff des G. R. S. 9 annimmt, ist nicht erforderlich. Wohl aber kann begrifflich die Rechtsüberzeugung nicht einen höchst individuellen Inhalt haben, da das Recht nicht für den Menschen als Einzelindividuum, sondern für den Menschen als Mitglied einer Gemeinschaft bestimmt ist.

[6]) Dahn, Gewohnheitsrecht S. 558.

[7]) Mit Rücksicht auf eine desuetudo ist unter Übung nicht nur ein regelmäßiges Handeln, sondern auch ein fortgesetztes Unterlassen zu verstehen und zwar mit der Überzeugung, daß das Handeln nicht rechtlich notwendig ist. Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 88; Regelsberger, Pandekten Bd. 1 S. 94.

[8]) Über Publizität der Übung s. Neukamp a. a. O. S. 103 Va.

[9]) Sturm a. a. O. S. 207 u. 208.

ordnung zu verhelfen, die Bereitwilligkeit der Menschen, ihr Folge zu leisten, zum Ausdruck zu bringen. Daraus ergibt sich von selbst, daß, da es sich um eine Mehrheit von Personen handelt, mit einem einzigen Anwendungsfalle die obige Aufgabe nicht erfüllt sein kann. Es muß eine Mehrheit von Fällen [1]) vorliegen, ehe man bei einer Mehrheit von Personen annehmen kann, daß sich bei ihr eine Unterwerfung unter den geübten Satz entsprechend ihrer Rechtsüberzeugung vollzogen hat. Eine bestimmte Dauer der Übung läßt sich ebensowenig angeben, als sich ein bestimmter Zeitpunkt dafür aufstellen läßt, wann sich die Unterwerfung unter den geübten Satz als unter einen Rechtssatz vollzogen hat. [2]) Mir scheint es entgegen Sturm sehr treffend, wenn Windscheid sagt: [3]) Es sei in der Natur der Sache begründet, daß eine um so längere Dauer der Übung erfordert werden müsse, je mehr in einem gegebenen Falle anzunehmen sei, daß erst aus der Übung eine rechtliche Überzeugung hervorgegangen sei." Hier wird ganz deutlich hervorgehoben, daß in einem solchen Falle die Übung in zweifacher Weise zur Entstehung des Gewohnheitsrechts beiträgt. Erstens ruft sie nämlich die Überzeugung von einer rechtlichen Notwendigkeit hervor (etwa aus der Überzeugung von einer sittlichen oder Anstandsnotwendigkeit), zweitens überträgt sie „diese" Überzeugung auf das äußere menschliche Zusammenleben und macht den geübten Satz zu einem Glied in der Ordnung des menschlichen Rechtslebens. Es ist naturgemäß, daß in einem solchen Falle der Übung ein größeres Arbeitsfeld beschieden ist, als wenn bereits eine etwa auf theoretischem Wege gefundene Rechtsüberzeugung vorhanden ist, die Übung also nur der Rechtsüberzeugung als Rechtssatz Geltung zu verschaffen hat. Wenn Sturm mit bezug auf Windscheids Worte „längere Dauer" einwendet, von einer längeren Zeit neben einer langen Zeit, also doch von einem Zeitmaße, könne bei dem Gewohnheitsrecht seiner Natur nach niemals die Rede sein, so verkennt er eben, daß Windscheid ein Zeitmaß gar nicht aufstellen will, sondern nur sagen will, daß ein rechtserzeugender Faktor, wenn er kurz vor dem Ziele mit seiner Wirksamkeit einsetzt, naturgemäß verhältnismäßig weniger Schwierigkeiten zu überwinden hat, als wenn er noch fern vom Ziele zu wirken beginnt. Außer einer gewissen Dauer der Übung wird auch Gleichförmigkeit [4]) derselben gefordert. Es hängt dies ebenso wie bei dem Erfordernis einer gewissen Dauer damit zusammen, daß ein Satz als Rechtssatz nur dann als vorhanden angesehen werden kann, wenn er als solcher allgemein anerkannt wird. Dies kann aber nicht angenommen werden, wenn die Übung durch widersprechende

---

[1]) Neukamp im Archiv für Bürgerl. Recht S. 107.

[2]) Ausschlaggebende Umstände sind z. B. räumliche Ausdehnung der Übung, das mehr oder minder häufige Vorkommen des zu regelnden Verhältnisses usw. Regelsberger, Pandekten Bd. 1 S. 94.

[3]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Aufl. Bd. 1 S. 71, Anm. 1; dagegen Sturm a. a. O. S. 210.

[4]) vgl. die Literatur bei Neukamp im Archiv für Bürgerl. Recht, ferner Sturm a. a. O. S. 210.

Handlungen in der Weise unterbrochen wird, daß eine beachtenswerte Gegenströmung entsteht.[1]) Da aber die allgemeine Anerkennung nicht identisch ist mit der Anerkennung aller, so ergibt sich, daß ein ausnahmsweises Zuwiderhandeln gegen eine Übung der Gleichförmigkeit derselben nicht entgegensteht. Bestimmte Zahlen lassen sich auch hier nicht angeben. Es genügt, wie Regelsberger[2]) sagt, daß die Wagschale der Anwendungsfälle erheblich tiefer steht als die andere der Gegenübung. Nach entstandenem Gewohnheitsrecht können actus contrarii zu einer Abänderung des Rechts führen, aber der bloße Versuch des Widerspruchs entkräftet nicht, sondern bekräftigt dessen Existenz.[3])

Nächst der Frage nach der Übung und Rechtsüberzeugung ist für die theoretische Erforschung der Gewohnheitsrechtsbildung weitaus am wichtigsten die Frage nach dem Einfluß des Irrtums.[4]) Hier hat sich Sturm einen Hauptstützpunkt seiner übertriebenen Willenstheorie geschaffen. Er hält den Irrtum für unerheblich.[5]) Dies muß zugegeben werden, wenn man sich nicht mit wichtigen geschichtlichen Tatsachen in Widerspruch setzen will. Zur Begründung führt Sturm[6]) aus, daß das Recht nicht in die Lehre vom Wahren, nicht in das Gebiet der Überzeugung, sondern in den Bereich des Willens gehört, und daher es auch nicht darauf ankommen kann, ob die der Übung zugrunde liegende Überzeugung auf Irrtum beruht oder nicht. Dadurch scheint meine Auffassung mit sich selbst in Widerspruch gebracht. Aber es ist auch nur Schein, denn Sturm sieht in der Rechtsüberzeugung eine Überzeugung mit dem Inhalte, daß ein Rechtssatz bereits vorhanden sei. Diese Überzeugung muß allerdings dem Einfluß des Irrtums unmittelbar unterliegen, insofern sie nämlich bei der Entdeckung, daß der Rechtssatz nicht vorhanden ist, sich als falsch erweisen und hinfällig werden muß. Wollte man aber eine solche Überzeugung für die Entstehung des Gewohnheitsrechts zur Voraussetzung machen, so käme man soweit wie Regelsberger,[7]) der in der irrtümlichen Überzeugung von dem Vorhandensein eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Rechtssatzes ein Erfordernis für die Entstehung des Gewohnheitsrechts erblickt. Gegen eine solche Auffassung würde das von Sturm Gesagte Platz greifen.[8]) Es würde mit der Entdeckung, daß der Satz in Wirklichkeit nicht eine Norm des bereits geltenden Rechts ist, wann und wo die Entdeckung auch erfolge, die Überzeugung sich korrigieren müssen und darnach die Rechtsüberzeugung und mit ihr das Gewohnheits-

---

[1]) Über einzelne Abweichungen von der Übung s. Crome a. a. O. S. 89.
[2]) Regelsberger, Pandekten Bd. 1 S. 95.
[3]) Dahn, Deutsches Rechtsbuch S. 53.
[4]) Ist die Nichtirrtümlichkeit ein Erfordernis des Gewohnheitsrechts? Neukamp a. a. O. S. 110—112. Nein!
[5]) vgl. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts S. 36 Anm. 8.
[6]) Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht S. 211.
[7]) Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 96, III. Sämtliche die Entstehung begründenden Anwendungsfälle beruhen auf diesem Irrtum. Gegen Regelsberger insbesondere Hölder, Kommentar zum B.G.B Bd. 1 S. 55 oben.
[8]) Sturm a. a. O. S. 213.

recht fallen. Für meine Auffassung hat aber die Entdeckung dieses Irrtums deswegen nicht dieselben Folgen, weil als rechtsbildender Faktor nicht die Überzeugung, daß ein Satz eine Norm des geltenden Rechts sei, hingestellt worden ist, sondern die Überzeugung, daß ein Satz rechtlich notwendig sei. Es ist klar, daß die eine auf der anderen Überzeugung beruhen kann, daß man also überzeugt ist, ein Satz sei rechtlich notwendig, weil man ihn bereits für einen Rechtssatz hält. Es ist weiterhin auch möglich, (nicht aber notwendig,) daß bei der Entdeckung eines Irrtums hinsichtlich der letzten Überzeugung auch die erste fällt. Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn die erste in der letzten Überzeugung ihre ausschließliche Begründung findet. Somit ist der richtige Weg zur Lösung angedeutet. Sobald nämlich ein Satz zum Gewohnheitsrechtssatze geworden ist, findet die Rechtsüberzeugung ihre Begründung in dem vorhandenen Rechtssatze selbst.[1]) Zum besseren Verständnis diene nachstehendes Beispiel. Man ist auf Grund von Studien zu dem Ergebnis gelangt, daß eine bestimmte Regel ein Satz der bestehenden Rechtsordnung sei. Diese Überzeugung hat auch eine allgemeine Verbreitung und in Schrift und Wort einen erkennbaren Ausdruck gefunden. Bald stellt sich durch weitere Forschungen heraus, daß ein Irrtum vorliegt, der Satz kein bestehender Rechtssatz ist. Damit wird die irrtümliche Überzeugung, vielleicht auch die opinio necessitatis fallen. Ist aber auf die irrtümliche Ansicht von dem Vorhandensein eines Rechtssatzes eine dementsprechende Übung mit der Überzeugung rechtlicher Notwendigkeit gefolgt[2]) und ein Gewohnheitsrechtssatz entstanden, so verhält es sich mit der Wirkung der Entdeckung des Irrtums anders. Die Überzeugung rechtlicher Gebundenheit gründet sich nunmehr auf den entstandenen Rechtssatz. Der Ausgangspunkt der Bildung, d. h. die irrtümliche Überzeugung muß mit der Entdeckung des Irrtums zusammenstürzen. Davon wird aber nicht der Gewohnheitsrechtssatz ohne weiteres betroffen, wenn es auch möglich ist, daß sich nach der Aufdeckung des Irrtums eine gewohnheitsrechtliche Rückbildung vollzieht. Windscheid[3]) scheint sich dieser Lösung der Frage am meisten genähert zu haben. Wenn er aber sagt, daß eine irrige Überzeugung im Laufe der Zeit sich in eine wahre verwandeln könne, so ist dies, wie Sturm mit Recht hervorhebt, unrichtig. Dies trifft mich aber nicht. Denn ich habe nur behauptet, daß im Laufe der Zeit ein Motiv für die Überzeugung rechtlicher Gebundenheit durch ein anderes ersetzt wird,

---

[1]) Dies drückt Wachsmann (der Begriff des Gewohnheitsrechts, Breslau 1902) mit den Worten aus . . . ., wenn der Satz in einer Weise in die Rechtsüberzeugung — und hätte er hinzusetzen müssen, in die äußere Lebensordnung — hineingewachsen ist, daß er von jener (d. h. irrtümlichen) Annahme unabhängig dauernd geübt wird.

[2]) Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechts Bd 1 S. 88. Ein Anderes wäre es, wenn die tatsächliche Übung nicht Ausdruck einer Rechtsüberzeugung, sondern eines Irrtums wäre.

[3]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Aufl. Bd. 1 S. 71 Anm. 3. Windscheid geht allerdings von dem falschen Grundsatz aus, daß die Überzeugung nicht auf einem Irrtum beruhen darf.

insofern der entstandene Gewohnheitsrechtssatz eine Rückwirkung auf das Motiv der rechtlichen Überzeugung selbst ausübt.[1]) Alles zusammengefaßt ergibt sich: Der Irrtum kann während der Gewohnheitsrechtsbildung entdeckt, die Weiterbildung aufhalten oder völlig hemmen, dagegen kann er dem Bestande des entstandenen Gewohnheitsrechts nicht unmittelbar schaden, sondern höchstens zu einer Rückbildung des Gewohnheitsrechtssatzes führen.[2])

Nicht minder schwierig als die Irrtumsfrage ist die Frage darnach, ob die Rationabilität für die Bildung von Gewohnheitsrecht erforderlich ist. Denn es herrscht unter den Autoren[3]) nicht nur großer Streit darüber, ob das Erfordernis der Rationabilität als solches anzuerkennen ist, sondern auch darüber, was man darunter zu verstehen hat. Mag man aber nun das Erfordernis der Rationabilität in irgend einem möglichen Sinne auffassen, und es dahin verstehen, daß der Inhalt der Rechtsüberzeugung gut oder ehrbar oder sittlich oder vernünftig sein muß, soviel kann nach den Erörterungen[4]) über die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts als unzweifelhaft hingestellt werden, daß Übung und Rechtsüberzeugung allein zur Entstehung von Gewohnheitsrechtssätzen erforderlich, aber auch ausreichend sind, und daß es auf ein weiteres Erfordernis der Rationabilität, d. h. auf den Inhalt der Rechtsüberzeugung nicht ankommen kann.[5]) Im Gegenteil zeigt uns das praktische Leben, daß oft nach rationeller Seite hin Gewohnheitsrechtssätze ganz gleichgültigen Inhalts entstehen. Als Beispiel für das moderne Handelsrecht mag die der gesetzlichen Bestimmung zuwider laufende abgekürzte Schreibweise für Gesellschaft mit beschränkter Haftung dienen. Vergebens würde man in der Abkürzung G. m. b. H., die ja ebensogut für Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht verwandt werden könnte, das Moment der Rationabilität suchen. Auch der Richter hat nicht nach diesem Erfordernis zu fragen, denn mit Recht hebt Gierke[6]) hervor: „Der Richter ist nicht zur souveränen Entscheidung über die Rechtsvernunft des Volkes, sondern zur Rechtsanwendung berufen. Er hat nur zu prüfen, ob eine Rechtsnorm gilt, nicht ob sie gut ist."

Nicht identisch mit der Frage, ob die Rationabilität ein Entstehungserfordernis ist, ist die Frage, ob die Irrationabilität ein Hindernis für die Entstehung von Gewohnheitsrechtssätzen ist. Aber nach den eben angeführten Erörterungen kann es nicht zweifelhaft sein, daß es auch

---

[1]) Die überzeugung wird aber dadurch nicht aus einer irrigen in eine zutreffende verwandelt. Vgl. Windscheid a. a. O. S. 71 Anm. 3.

[2]) Gierke, Deutsches Privatrecht (1895) Bd. 1 S. 168. Der Kraft des Gewohnheitsrechts tut solche (d. h. auf Irrtum beruhende) Vorgeschichte so wenig (?) Abbruch wie der Irrtum des Gesetzgebers der Kraft des Gesetzes.

[3]) Neukamp im Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 13 S. 104—107.

[4]) Oben S. 17 und 18.

[5]) Denn nur darauf kommt es an, ob ein Gewohnheitsrechtssatz gilt, nicht auch ob er gut oder ehrbar ist. über die historische Bedeutung und Wichtigkeit dieses Begriffs s. Einleitung. Im übrigen vergleiche Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 169.

[6]) Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 169, 170.

hierauf nicht ankommen kann.[1]) Allerdings geht Gierke zu weit, wenn er im Hinblick auf die Irrationabilität nur insofern einen Unterschied zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht findet, als ein unvernünftiger oder schlechter Gewohnheitsrechtssatz vom Richter weit schwerer zur Anwendung gebracht werden wird, als ein unvernünftiges Gesetz. Er übersieht, daß schon die Bildung eines derartigen Gewohnheitsrechtssatzes viel schwerer denkbar ist, als die eines solchen Gesetzes. Der Grund liegt in dem bei der Gesetzgebung stark hervortretenden Willensmoment einerseits und in dem bei der Gewohnheitsrechtsbildung in Betracht kommenden vom Willen unabhängigen Moment der Rechtsüberzeugung andererseits. Wenn auch der Wille allein leicht im Stande ist, einen unvernünftigen Satz zum Rechtssatze zu erheben, so dürfte es äußerst schwer denkbar sein, daß eine Überzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit eines Satzes sich bei einer Menschengemeinschaft bildet, die den Satz zugleich für unvernünftig oder schlecht hält. Für zweckmäßig oder angemessen mag man leicht auch einen Mißbrauch halten,[2]) für rechtlich notwendig aber äußerst selten. Gegen die Behauptung, daß der letzte Fall nur höchst selten vorkommen wird, läßt sich nicht einwenden, daß in gewissen Kreisen, z. B. unter Kaufleuten, sich häufig sogenannte Mißbräuche zu Gewohnheitsrechtssätzen auswachsen, und daß in früheren Zeiten viele höchst unsittliche oder unvernünftige Sätze offenbar den Charakter von Gewohnheitsrechtssätzen angenommen haben, denn der Begriff der Irrationabilität ist ebenso wie der der Rationabilität ein relativer, der nicht zu allen Zeiten und an allen Orten und in allen Ständen stets derselbe ist. Daher hat es leicht kommen können, daß die Ketzergerichte einst Recht waren. Es ist aber auch heute noch sehr gut denkbar, daß bei den Kaufleuten ein Satz sich ohne Schwierigkeit zum Rechtssatze entwickeln wird, der sich bei anderen Ständen nur schwer oder gar nicht zum Gewohnheitsrechtssatze herausbilden wird, da er nach den Anschauungen dieser gegen die guten Sitten verstößt, nach den besonderen Anschauungen jener aber nicht.

Zum Schluß dieses Kapitels sei noch des sogenannten Juristenrechts[3]) in seinem Verhältnis zum Gewohnheitsrecht gedacht. Das Juristenrecht kann ein praktisches oder ein theoretisches sein.[4]) Das praktische ist das von den praktischen Juristen in den gerichtlichen Entscheidungen geübte Recht. Dieses soll uns zunächst beschäftigen. Es fragt sich, welche Bedeutung die allgemeine gleichförmige und langjährige Übung eines Satzes als Rechtssatz durch die Gerichte (der Gerichts-

[1]) Abweichend Dahn Gewohnheitsrecht S. 579 . . . daß es ein vernunftwidriges Recht überall nicht geben kann. Ebenso Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 22, ferner Crome, System des Bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 88. Dagegen Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht S. 215 und 216. Über die Bildung partikulärer irrationeller Gewohnheitsrechtssätze s. S. 79 Anm. 1.

[2]) Hierüber s. unten über bloße Gebräuche.

[3]) Das Juristenrecht bei Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 176ff.

[4]) vgl. die Terminilogie bei Neukamp a. a. O. S. 118 und Pfaff und Hoffmann, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Gesetzbuch Bd. 1 S. 285.

gebrauch)[1]) für Ausbildung desselben zur Rechtsnorm hat. Dernburg[2]) ist der Ansicht, daß der Gerichtsgebrauch als solcher fähig ist, Recht zu schaffen, denn er sagt: Der Gerichtsgebrauch hat Gesetzeskraft. Nach der meines Erachtens richtigen Ansicht kann der Gerichtsgebrauch nur dann zur Bildung von Rechtssätzen führen, wenn er im Verkehr sich Geltung verschafft.[3]) Das in dieser Weise entstandene Recht ist Gewohnheitsrecht. Der Grund der Unselbständigkeit des Gerichtsgebrauches als rechtsbildenden Faktors liegt darin, daß es bei der Bildung des Gewohnheitsrechts darauf ankommt, daß gerade die Beteiligten, d. h. die von dem Satze unmittelbar Betroffenen die Übung vornehmen und Träger der Rechtsüberzeugung sind.[4]) Der Richter ist aber in seinem Wirken nicht zu den beteiligten Kreisen zu zählen, denn an ihn wendet sich die Rechtsnorm regelmäßig[5]) erst in zweiter Linie. Und doch können nur die Beteiligten einen Satz zum Gewohnheitsrechtssatze erheben, ihm Geltung verschaffen. Denn zu seiner Geltung ist, wie des öfteren erwähnt, erforderlich, daß der Satz anerkannt, ihm gehorcht wird. Die Entscheidung, ob dem Satze gehorcht oder nicht gehorcht werden soll, steht aber einzig und allein bei denen, an die er sich unmittelbar richtet. Je öfter der Richter in die Lage versetzt wird, einen Satz anzuwenden, desto klarer wird es, daß dem Satze nicht gehorcht wird. Das letztere dürfte jedoch nicht der normale Verlauf sein. Vielmehr wird nach einer bestimmten Dauer des Gerichtsgebrauches der Widerspruch der beteiligten Kreise schwinden, auch die Überzeugung von der Rechtlichkeit des Satzes unter ihnen platzgreifen[6]) und damit der Grund zur Bildung des Gewohnheitsrechts gelegt sein. Im Resultat stimmt Sturm mit meinen Ausführungen überein, nicht aber in der Begründung,[7]) denn er sagt: „Es handelt sich bei den Richtern um eine Überzeugung, nicht um Übung und Rechtsbefolgung um des Rechtstriebes willen“; an einer anderen Stelle: „Die Register der Entscheidungen werden nachgeschlagen. Dies geschieht nicht aus dem Rechtsgefühl heraus, weil etwas schon Recht sei, sondern aus der Wissenschaft heraus.“ Also nicht das Rechtsgefühl soll es sein, welches den Richter zum Nachschlagen der Entscheidungen veranlaßt, sondern das Streben, auf dem Gebiete des Rechts das Wahre zu finden. Aber warum will er denn auf dem Gebiete des Rechts das Wahre finden? Etwa damit er schneller Karriere macht? Wahrhaftig, es wäre traurig,

---

[1]) Literatur bei Neukamp a. a. O. S. 117—121, insbesondere Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 1 S. 185 ff.

[2]) Dernburg, Pandekten, Berlin 1900, Bd. 1 S. 62.

[3]) Über den usus fori s. Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 86 und 87.

[4]) Auch Hölder, Kommentar zum B.G.B. Bd. 1 S. 56, verlangt, daß die Praxis die Anerkennung der Rechtsgenossen finden muß; ferner Planck, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 1 S. 39 unten.

[5]) Ausnahmen finden sich z. B. bei Feststellung rein prozessualer Grundsätze.

[6]) Als klassisches Beispiel diene die Rezeption des röm. Rechts.

[7]) Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht S. 218.

wenn man nicht annähme, daß es aus demselben Rechtsgefühl heraus geschieht, das den Übenden innewohnt, das aber Sturm dem Richter als solchem absprechen, den anderen dagegen lassen will. Es ist einleuchtend, wodurch Sturm sich hat verleiten lassen, diesen Fehler zu begehen, der auf der Zugrundelegung eines vermeintlichen einschneidenden Gegensatzes zwischen Rechtsüberzeugung und Rechtsgefühl beruht. Der Richter ist als solcher an die bestehende Rechtsordnung durch seinen Beamteneid eng gebunden und steht in seinem ganzen Denken und Empfinden infolge seines Berufes und seiner besondern Ausbildung mit ihr stets in einem innigen Verhältnis. Sein Rechtsgefühl und seine Überzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit eines Satzes wird sich daher stets auf die eventuell auch irrtümliche Überzeugung von dem Vorhandensein eines Rechtssatzes stützen. Dagegen wird die berufsmäßig im Verkehr stehende Person in ihrem rechtlichen Denken und Empfinden freier sein. Am allerseltensten wird ihre opinio necessitatis durch die Überzeugung von dem Vorhandensein eines Rechtssatzes hervorgerufen werden, sondern weit häufiger durch irgendwelche den Verkehr unmittelbar beherrschende Faktoren. Also nicht deshalb muß dem Gerichtsgebrauch die Qualität einer selbständigen Quelle abgesprochen werden, weil es sich bei den Richtern um Betätigung einer Wahrheitsüberzeugung, bei anderen dagegen um Betätigung eines Rechtstriebes handelt, sondern einzig und allein deshalb, weil die Richter nicht Beteiligte sind und die Entscheidung über die Anerkennung oder Nichtanerkennung eines Satzes nicht in ihrer Hand liegt. Jedoch muß dem Gerichtsgebrauch eine große Bedeutung für die Gewohnheitsrechtsbildung zugesprochen werden, da er oft auf die Übung und Rechtsüberzeugung der im Verkehr stehenden Personen einen maßgebenden Einfluß ausübt.[1]) In den meisten Fällen mag sogar der Gerichtsgebrauch die Gewohnheitsrechtsbildung veranlaßt haben. Es ist jedoch auch möglich, daß die Rechtsbildung vom Verkehrsleben ihren Ausgangspunkt nimmt und durch den Gerichtsgebrauch lediglich eine Unterstützung erhält. Auch für das theoretische Juristenrecht, wie für die Rechtswissenschaft überhaupt trifft in gleicher Weise und aus gleichem Grunde die Behauptung zu, daß ihr der Charakter einer selbständigen Rechtsquelle[2]) abzusprechen, wohl aber ein bedeutender Einfluß auf die Gewohnheitsrechtsbildung zuzusprechen ist.[3])

---

[1]) Hölder a. a. O. Bd. 1 S. 55.

[2]) Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 23; Kuhlenbeck in der juristischen Wochenschrift 24. Jahrgang S. 161.

[3]) Literatur bei Neukamp a. a. O. S. 112—117, insbesondere Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 180 ff.

3. Kapitel.

Gewohnheitsrecht und Gesetz.

Dem Gewohnheitsrecht steht als Rechtsquelle das Gesetz zur Seite. Beide Rechtsquellen sind, wie dargelegt, voneinander unabhängig.[1]) Das Gewohnheitsrecht stützt sich auf die mit der inneren Macht der Rechtsüberzeugung ausgestattete Übung, das Gesetz auf die äußere Macht des Gesetzgebers. Es fragt sich nunmehr, welches Rangverhältnis für diese beiden Rechtsquellen aufzustellen ist. Cosack[2]) hat treffend nachgewiesen, daß dies keine Rechts-, sondern eine Tatfrage ist. Ein das Rangverhältnis bestimmender Rechtssatz, so führt er aus, müßte über dem Gewohnheitsrecht stehen. Dies sei aber nicht möglich, da das Gewohnheitsrecht selbst der von jeder Rechtsnorm unabhängige Ausgangspunkt neu entstehender Rechtsnormen sei. Darnach sei die Frage nach dem Rangverhältnis eine reine Tatfrage, insofern man auf sie nicht durch eine Rechtsregel, sondern nur durch nackte unjuristische Tatsachen eine ausschlaggebende Antwort erhalte. Es kommt nicht darauf an, ob ein Rechtssatz dieser oder jener Rechtsquelle den Vorrang einräumt, sondern darauf, „welche Macht im Einzelfall tatsächlich die größere ist, die äußere des Gesetzgebers oder die innere des Gewohnheitsrechts." Das Gewohnheitsrecht hat demnach bei genügender tatsächlicher Macht dieselbe Kraft wie das Gesetz.[3]) Hiermit dürfte die prinzipielle Ebenbürtigkeit der beiden selbstständigen Rechtsquellen außer Zweifel gestellt sein.[4])

Es wird jedoch mit Recht hervorgehoben, daß die Ebenbürtigkeit dann nicht zutreffend ist, wenn es sich um die Kollision der Rechtsquellen unebenbürtiger Menschengemeinschaften handelt.[5]) Über den Rechtsquellen untergeordneter Menschengemeinschaften kann auch eine Rechtsnorm, nämlich die der übergeordneten Menschengemeinschaft stehen, oder besser gesagt, die Frage nach dem Verhältnis des partikulären Gewohnheitsrechts zum gemeinen Rechte kann sich mitunter aus einer Tatfrage zu einer Rechts-

---

[1]) Dies ist auch die herrschende Meinung Neukamp a. a. O. S. 92 u. 93.

[2]) Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 83 ff. Vor Cosack auch Gierke in seinem Deutschen Privatrecht Bd. 1 S. 161 f.

[3]) Kuhlenbeck in der juristischen Wochenschrift 24. Jahrgang S. 161 f.

[4]) Daß das Gewohnheitsrecht nicht eine dem Gesetz subordinierte Rechtsquelle ist, wird außer von Puchta und Savigny noch von folgenden bei Neukamp a. a. O. S. 92 aufgezählten Schriftstellern verfochten: Gierke (Deutsches Privatrecht 1 S. 161, 172, 173); Cosack in der 17. Auflage des „Systems des deutschen Privatrechts" von Gerber (Jena 1895) S. 30; Bierling (Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe) Bd. 1 (1877) S. 22 ff.; Hänel (Deutsches Staatsrecht) Bd. 1 S. 250 ff.

[5]) Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 85; Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1. Lieferung S. 24.

frage[1]) auswachsen. Sind nämlich von einer übergeordneten Menschengemeinschaft gesetzliche Bestimmungen über die Rechtserzeugung untergeordneter Kreise getroffen und ist die übergeordnete Menschengemeinschaft, wie es bei einem festen Staatsgefüge stets der Fall ist, mit genügender Macht ausgestattet und in der Lage, ihre Vorschriften den untergeordneten Kreisen gegenüber zur Anerkennung oder zur Durchführung zu verhelfen, so hieße es die Wirklichkeit außer Acht lassen, wenn man die Frage nach dem Verhältnisse des Gewohnheitsrechts des untergeordneten Kreises zum Rechte des übergeordneten Kreises als eine offene Tatfrage behandeln wollte und nicht unter Zugrundelegung der politischen Machtverhältnisse die Bestimmungen der übergeordneten Menschengemeinschaft als durchaus maßgebend für die Rechtserzeugung des untergeordneten Kreises ansehen wollte.[2]) Für unsere nur staatliche Gerichte und staatliche Richter kennende Gegenwart ergibt sich, daß der Prozeß und das Urteil die Prüfsteine des Gewohnheitsrechts sind, und daß selbst bei vorhandener Übung und Rechtsüberzeugung in engeren Kreisen der staatliche Richter dem im außergerichtlichen Verkehr geübten Satze die Anerkennung und Unterstützung mit Rücksicht auf den Artikel 2 der Reichsverfassung vom 16. April 1871 und den Artikel 15 E.G. zum Handelsgesetzbuch versagen wird, wodurch naturgemäß die Verkehrsübung selbst beeinflußt werden wird. Allerdings soll damit nicht gesagt sein, daß für die Rechtserzeugung untergeordneter Menschengemeinschaften eine mindestens stillschweigende Genehmigung des übergeordneten Rechtswillens erforderlich sei, daß also für die Gewohnheitsrechtsbildung untergeordneter Menschengemeinschaften andere Grundsätze gelten als für die Gewohnheitsrechtsbildung überhaupt. Keineswegs! Wenn ein Satz zur Herrschaft in der rechtlichen Lebensordnung einer Menschengemeinschaft gelangt, so ist er für diesen Kreis als Rechtssatz vorhanden, er gilt als solcher. Aber trotz dieser Theorie ist doch nicht zu verkennen, daß zu den mannigfaltigen Hindernissen, welche der Entstehung eines Rechtssatzes entgegenstehen können, zweifellos auch ein widersprechender übergeordneter Rechtswille zu zählen ist, und daß mit diesem ein ihm untergeordneter Kreis wenigstens in einem festen Staatsgefüge den Kampf um die herrschenden Rechtsnormen nicht aufzunehmen oder doch nicht erfolgreich durchzuführen vermag.[3]) Wenn aber

---

[1]) Auch Gierke, „Grundzüge des deutschen Privatrechts" in der Holtzendorffschen Enzyklopädie (1903) scheint auf diesem Standpunkte zu stehen S. 444: „Doch sind dem partikulären Gewohnheitsrechte gleiche Schranken wie dem partikulären Gesetzesrechte, der Observanz gleiche Schranken wie dem Satzungsrechte gezogen.

[2]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 S. 77. „Partikuläres G.R. kann keinen gemeinrechtlich zwingenden Rechtssatz (Gesetz oder Gewohnheitsrechtssatz) aufheben." Ebenso Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 85 Anm. 6 Anders Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 39ff. und Sturm a. a. O. S. 260, 276 und 283.

[3]) Der übergeordnete Rechtswille wird namentlich die Bildung von partikulären Gewohnheitsrechtssätzen verhindern, welche dem übergeordneten Kreis irrationell erscheinen.

auch mit Rücksicht hierauf die volle Selbständigkeit der Rechtserzeugung bei untergeordneten Kreisen fehlt, so ist doch anzuerkennen, daß im Falle des Fehlens [1]) eines widersprechenden übergeordneten Willens selbst solche Kreise wie jede Menschengemeinschaft zur Rechtserzeugung befähigt sind, und daß ferner als Ausgangspunkte für gewohnheitsrechtliche Rechtsbildungen überhaupt gerade kleine untergeordnete Kreise eine ganz hervorragende Rolle gespielt haben, spielen und spielen werden. Abgesehen aber von dem Falle der Kollision der Rechtsquellen unter- und übergeordneter Menschengemeinschaften ist die volle Ebenbürtigkeit von Gesetz und Gewohnheitsrecht unbedenklich anzuerkennen und wird jetzt auch fast allgemein in der Literatur anerkannt. [2]) Es kann demnach das Gewohnheitsrecht sich nicht nur in Ergänzung oder in Gemäßheit des Gesetzesrechts bilden, sondern auch gegen das Gesetz, sei es, daß es dasselbe lediglich aufhebt (desuetudo) oder eine andere Norm an die Stelle einer Gesetzesnorm setzt (consuetudo contraria). [3]) Das gegen das Gesetz sich bildende Gewohnheitsrecht bezeichnet man allgemein als derogierendes Gewohnheitsrecht (i. w. Sinne). [4])

Die Fälle, in denen sich derogierendes Gewohnheitsrecht bilden kann, sind näher zu betrachten. Es ist davon auszugehen, daß ein Gesetz vorhanden ist, aber nicht befolgt wird. Die Nichtbeachtung kann stattfinden entweder, obwohl man das Gesetz kennt, oder da man es nicht kennt. [5]) Kennt man es, so ist nicht notwendig auch das Bewußtsein des Widerspruchs gegen das Gesetz vorhanden. Denn die Nichtbeachtung des Gesetzes trotz Kenntnis desselben kann nicht nur darauf beruhen, daß man dem Gesetz [6]) die Anerkennung versagt, sondern auch darauf, daß man es zwar anerkennen will, aber falsch interpretiert. Erfolgt die Nichtbeachtung des Gesetzes, weil man das Gesetz nicht kennt, so kann dies entweder deswegen der Fall sein, weil das Gesetz dem allgemeinen Rechtsbewußtsein fremd geblieben ist oder deswegen, weil es ihm fremd geworden ist. [7]) Es läßt sich nunmehr leicht übersehen, welche Fälle bei unserem

---

[1]) und natürlich noch vielmehr bei einer Zustimmung des übergeordneten Rechtswillens.

[2]) Krückmann in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 38 S. 195; Esser, Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts (1889) S. 69; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 6. Aufl. S. 19 II.

[3]) Crome a. a. O. S. 89.

[4]) Über die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts s. die Literatur bei Neukamp im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 13 S. 94–97.

[5]) Hölder, Kommentar zum B.G.B. Bd. 1 S. 52 u. 53 scheidet die Gründe für die Entstehung derogierenden Gewohnheitsrechts: 1. in mangelnde Beachtung a) bewußte, b) unbewußte; 2. in unrichtige Auslegung des Gesetzes. Dabei übersieht er, daß die irrige Auslegung des Gesetzes doch auch nichts anderes ist, als eine unbewußte mangelnde Beachtung des Gesetzes.

[6]) Unter Gesetz ist hier ein bestimmter Gesetzesinhalt zu verstehen. Die Betätigung eines Willens, das Recht überhaupt nicht anzuerkennen, kann nicht Recht begründen. So Hölder a. a. O. Bd. 1 S. 53.

[7]) Ein treffliches Beispiel hierzu ist das Vergessenwerden der Volksrechte im Mittelalter.

Rechtszustande am ehesten denkbar sind. Wohl kaum wird es heutzutage vorkommen, daß einem Gesetze bewußt allgemein die Anerkennung versagt wird. Denn der Grund hierzu würde in der völligen Untauglichkeit des Gesetzes zu suchen sein, ist diese aber, was vorausgesetzt ist, bekannt, so dürfte nach der Zusammensetzung unserer gesetzgebenden Faktoren und der Art ihrer Wirksamkeit nicht anzunehmen sein, daß es trotz dessen aufrechterhalten und somit die Gewohnheitsrechtsbildung herausgefordert wird. Ebensowenig dürfte aus demselben Grunde die Möglichkeit gegeben sein, daß ein Gesetz dem allgemeinen Rechtsbewußtsein fremd bleibt,[1]) weil es sich nicht als lebensfähig erweist, also ein verfehltes gesetzgeberisches Experiment darstellt. Leichter kann es vorkommen, daß ein Gesetz dem allgemeinen Rechtsbewußtsein fremd wird. Bei der Vielgestaltigkeit und Hast unseres Lebens ist ein Zurückbleiben der Gesetzgebung hinter den Erfordernissen desselben auch heute noch insbesondere insofern denkbar, als veraltete Rechtsinstitute[2]) dem Auge des Gesetzgebers, das nach vorwärts, nicht aber nach rückwärts schaut, leicht entgehen können und ihre Beseitigung unbewußt dem Gewohnheitsrecht überlassen bleibt. Dieses hat seine Aufgabe bei einer bloßen desuetudo in dem Augenblicke erfüllt, sobald man trotz der Möglichkeit, die fragliche Norm anzuwenden, dies, eben weil man es nicht für rechtlich notwendig hielt, solange nicht getan hat, bis die Norm ihre Existenz eingebüßt hat.[3]) Bei einer eigentlichen derogatio ist der Entwickelungsprozeß beendet, wenn das neue Rechtsinstitut entstanden und für das alte Rechtsinstitut im Rechtsleben kein Raum mehr vorhanden ist. Am häufigsten dürfte aber das Dasein eines dem Gesetz derogierenden Gewohnheitsrechts in einer dauernden falschen Auslegung des Gesetzes seinen Grund haben. Regelmäßig wird die Auslegung des Gesetzes von der Gerichtspraxis ihren Ausgang nehmen oder wenigstens durch sie unterstützt werden. Hat die Auslegung sich im praktischen Leben Anerkennung verschafft, so ist sie in jedem Falle maßgebend, denn sie ist zu einer Usualinterpretation, zu einer Gewohnheitsrechtsnorm geworden.[4]) Die Frage, ob die Auslegung irrig oder richtig ist, ist nunmehr bedeutungslos. Ist sie falsch, so haben wir eben ein dem Gesetz derogierendes Gewohnheitsrecht vor uns. Der Irrtum stellt das Dasein der Auslegung, nachdem sie einmal zur Gewohnheitsrechtsnorm

---

[1]) Es gibt zwar viel papiernes Recht, aber dies dürfte weniger häufig auf diesen als auf den anderen Fall zurückzuführen sein, daß ein Gesetz dem Rechtsbewußtsein fremd wird.

[2]) Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts; 9. Aufl. Bd. 1 S. 37.

[3]) Hölder a. a. O. Bd. 1 S. 53, der annimmt, daß in dem Augenblicke, wo das Bewußtsein der Möglichkeit, Verhältnisse der fraglichen Art zu begründen, geschwunden ist, auch das die Verhältnisse betreffende Rechtsinstitut seine Existenz eingebüßt hat, scheint mehr den Fall des sog. papierenen Rechts im Auge zu haben. Vgl. ferner Beseler in den Verhandlungen des fünften deutschen Juristentages S. 109 oben. Gegen den Unterschied zwischen consuetudo contraria und desuetudo s. Sturm a. a. O. S. 224.

[4]) Über die doktrinelle im Gegensatze zur Usualinterpretation s. Matthiaß Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 1 § 4 S. 25.

geworden ist, nicht in Frage, da der Irrtum bestehendem Gewohnheitsrecht nichts schadet. Wollte man dies nicht annehmen und unbedingt den wahren Sinn des Gesetzes entscheiden lassen, so käme man zu ganz unerträglichen Konsequenzen, auf die Hölder[1]) treffend mit folgenden Worten hinweist: „Entscheidet schlechthin das Gesetz, so sind auch alle Handlungen nichtig, die bisher vollzogen waren ohne die Beobachtung einer Form, von der die Rechtsgenossen und die Gerichte längst nichts mehr wußten und die nur durch einen glücklichen (oder im Falle eines solchen Erfolges unglücklichen) Zufall, z. B. durch einen archivalischen Fund wieder entdeckt worden ist.“ Daß auch heute noch derogatorisches Gewohnheitsrecht vorkommen kann, ist somit erwiesen. Dasselbe kann sich nicht nur gegen dispositive, sondern auch gegen zwingende Gesetze richten. Insbesondere durch die derogierende Kraft gegen zwingendes Gesetzesrecht wird die Ebenbürtigkeit der Rechtsgewohnheit mit dem Gesetz außer Zweifel gestellt.

Diese prinzipielle Ebenbürtigkeit überhebt uns aber nicht der Frage, welche Bedeutung gesetzliche Bestimmungen haben, die sich auf die Bildung oder Kraft des Gewohnheitsrechts beziehen. Vielmehr lassen uns der augenblickliche Stand unseres Rechtslebens, die Vormachtstellung des Gesetzes gegenüber dem Gewohnheitsrecht, wie auch zahllose rechtsgeschichtliche Tatsachen eine solche Frage als höchst wichtig erscheinen. Fragen wir uns zunächst nach der Wirkung eines die Bildung von Gewohnheitsrecht überhaupt verbietenden Gesetzes, sei es, daß es sich um ein ausdrückliches Verbot oder um ein aus dem Schweigen des Gesetzes zu entnehmendes Verbot handelt.[2]) Es ist augenscheinlich, daß eine solche gesetzliche Bestimmung unmittelbar weder auf die Übung noch auf die Rechtsüberzeugung eines Menschenkreises einen entscheidenden Einfluß ausüben kann. Denn eine Handlung ist der unmittelbare Ausdruck des freien Willens, und zu einer Rechtsüberzeugung gelangt man nicht immer und nicht unmittelbar auf Grund einer Gesetzesvorschrift, sondern auf Grund des einem jeden Menschen angeborenen Rechtsempfindens, das ebenso, wie es uns sagt, was Unrecht ist, uns mitunter auch erkennen läßt, was Recht, d. h. rechtlich notwendig ist.[3]) Wenn wir aber dennoch in der neueren Rechtsgeschichte zahlreiche Beispiele finden, in denen der Gesetzgeber die Bildung des Gewohnheitsrechts untersagt, so müssen wir uns weiter fragen, ob die Gesetzesvorschrift, da sie doch nicht unmittelbar dieses Ziel erreichen kann, überhaupt zwecklos ist. Die Geschichte lehrt, daß dem keineswegs so ist. Wir sehen die Gewohnheitsrechtsbildung ins Stocken geraten und müssen anerkennen, daß jedenfalls eine Schwächung der gewohnheitsrechtlichen Quelle eintritt. Der Richter wird sich an die gesetzliche Bestimmung als die ihm sicherste Richtschnur halten. Wer

---

[1]) Hölder, Kommentar zum B.G.B. Bd. 1 S. 57.

[2]) vgl. die von Neukamp im Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 12 S. 94 u. 95 über diese Frage zusammengestellte Literatur.

[3]) Deshalb faßt Matthiaß (Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 22 u. 23) das Verbot als eine Vorschrift auf, die sich nicht unmittelbar an die Rechtsgenossen, sondern an die Organe der Rechtsanwendung wendet.

wird aber eine Übung als Rechtsübung beginnen oder fortsetzen wollen, deren Anerkennung durch den Richter ihm offenbar stets versagt bleibt.[1]) Daher wird es regelmäßig zu einer Gewohnheitsrechtsbildung unter solchen Umständen nicht kommen. Aber es ist auch möglich, daß sich dennoch Gewohnheitsrecht bildet und gegen das Gesetz behauptet.[2]) In manchen Fällen wird nämlich das Gewohnheitsrecht unter der unwiderstehlichen Kraft dringender Bedürfnisse des vielgestaltigen Lebens den Buchstaben des Gesetzes zu einer leeren Deklaration herabdrücken und in höchst realer Gestalt zur Geltung gelangen,[3]) wenn auch nominell vielleicht das Gesetz sich behauptet und das Gewohnheitsrecht gezwungen wird, hinter dem Deckmantel von Geschäftsgebräuchen, gezwungenen Auslegungen[4]) usw. sein wahres Wesen zu verbergen.[5]) Hieraus ergibt sich im allgemeinen die Unzuträglichkeit einer solchen Gesetzesbestimmung, die ihr eigentliches Ziel doch nicht erreichen, dagegen dazu führen kann, mitunter das Gesetz als eine Last, nicht aber als eine Wohltat empfinden zu lassen. Die Konsequenzen eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Verbots sind in ihrer Gesamtheit zu groß, als daß sie der Gesetzgeber auf sich zu nehmen und völlig durchzuführen vermöchte.[6]) Dem allgemeinen Verbote des Gewohnheitsrechts ist eine Bestimmung gleichzustellen, welche die Nichtanerkennung nur einer Art des Gewohnheitsrechts, des ergänzenden[7]) oder derogatorischen[8]) enthält. Dagegen werden gesetzliche Bestimmungen

---

[1]) Allerdings ist der Prozentsatz der tatsächlichen Rechtsverhältnisse gering, soweit dieselben zur richterlichen Feststellung gebracht werden, aber gerade beim Vorhandensein eines entgegenstehenden gesetzlichen Verbotes wird es auch im Volke nicht an der Gegenströmung fehlen, die Verhältnisse, für deren Beurteilung man sich auf einen Gewohnheitsrechtssatz beruft, sehr oft vor den Richter bringt.

[2]) Das Recht bestimmt nicht nur das Leben, sondern wird auch durch dasselbe bestimmt. So Hölder a. a. O. Bd. 1 S. 54.

[3]) Cosack, Lehrb. des deutsch. bürg. R. Bd. 1 S. 31.

[4]) Eine Erscheinung, die mehr juristische Finesse als politische Gesundheit voraussetzt, Dahn, Gewohnheitsrecht S. 583.

[5]) Nicht richtig ist es, wenn Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 1 S. 78 Anm. behauptet, daß „stets“ auch die Übung der Rechtsüberzeugung vorhanden sein müsse, daß das Gesetz (d. h. die clausula derogativa) nicht gelte. Denn die clausula derogativa kann in einem Einzelfall durch das Gewohnheitsrecht durchbrochen werden, im übrigen aber fortbestehen. Allerdings kann sich auch eine Gewohnheitsrechtsbildung gegen das Verbot des Gewohnheitsrechts selbst richten. Darüber s. Dahn, Gewohnheitsrecht S. 583.

[6]) vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 161 und 174. Allerdings darf man doch andererseits auch nicht die Vorteile einer solchen clausula derogativa verkennen, die zur Beseitigung der mit der Gewohnheitsrechtsbildung notwendig verbundenen Rechtsunsicherheit wesentlich beiträgt, denn zweifellos hat Gewohnheitsrecht die Tendenz der partikulären Rechtszersplitterung.

[7]) Es ist nicht denkbar, daß das Gewohnheitsrecht als ergänzende Rechtsquelle vollkommen durch die Tätigkeit der Rechtswissenschaft und die Gesetz- und Rechtsanalogie des Richters ersetzt werden kann. Anders Motive zum allgem. Teil des B.G.B. S. 7 und 8; Mugdan Bd. 1 S. 362 und 363.

[8]) Die Nichtanerkennung der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts muß namentlich mit Rücksicht auf den Fall einer „interpretatio authentica“ als zu weitgehend bezeichnet werden (s. oben). Anders Beseler in den Verhandlungen des fünften deutschen Juristentages S. 101—110. Die Entbehrlichkeit des ab- und

spezielleren Charakters regelmäßig in vollem Umfang ihr Ziel erreichen und sind daher bei der Darlegung der Stellung des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle einer bestimmten Periode und eines bestimmten Rechtsgebiets durchaus zu berücksichtigen. Ohne Rücksicht auf den Inhalt haben, wie bereits angedeutet, gesetzliche Bestimmungen gemeinen Charakters gegenüber dem partikulären Gewohnheitsrecht unbedingte und volle Kraft nach dem Grundsatze, daß die Aufstellung von Normen durch eine untergeordnete Menschengemeinschaft wider den Willen der übergeordneten keine Rechtserzeugung, vielmehr ein revolutionärer Akt ist.[1]) Die gesetzlichen Bestimmungen, welche sich auf das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle beziehen, sind demnach gerade für unsere nur staatliche Gerichte und staatliche Richter kennende Gegenwart keineswegs bedeutungslos und werden im folgenden Teil vor allen anderen Momenten dazu dienen, die Stellung des Gewohnheitsrechts als Quelle des deutschen Handelsrechts im geltenden Recht im besonderen zu kennzeichnen.

---

derogatorischen Gewohnheitsrechts kann trotz des heutigen Flusses der Legislative nicht zugegeben werden, s. Motive zum allgem. Teil des B.G.B. S. 7; Mugdan Bd. 1 S. 362; ferner über die clausula derogatoria s. Dahn, Gewohnheitsrecht S. 553 ff.; Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. 1 S. 31 und Einleitung.

[1]) Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. 1. Lief. S. 24: „Ein übergeordnetes Gemeinwesen kann dem untergeordneten die Erzeugung eignen Rechts überhaupt entziehen.“

Besonderer Teil.

4. Kapitel.

Gesetzliche Anerkennung und spezielle Charakteristik des Gewohnheitsrechts als Quelle des geltenden Handelsrechts.

Die Stellung des Gewohnheitsrechts als Quelle des geltenden Handelsrechts ist im allgemeinen im ersten Teil der Abhandlung durch die Charakterisierung der Stellung des Gewohnheitsrechts überhaupt nach dem gegenwärtigen Stande der Rechtswissenschaft gekennzeichnet. Die Besonderheiten der Stellung des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle des Handelsrechts im geltenden Rechte ergeben sich aus zwei Momenten, erstens aus den geltenden gesetzlichen Bestimmungen, die sich auf das Gewohnheitsrecht beziehen, zweitens ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen lediglich daraus, daß es sich um die Rechtsquelle eines bestimmten Rechtsgebiets und zwar eines Sonderrechts handelt.

Bei der Frage nach den gesetzlichen Bestimmungen muß die Frage nach der gesetzlichen Anerkennung oder Nichtanerkennung des Gewohnheitsrechts an erster Stelle stehen. Die Beantwortung dieser Frage ist deswegen sehr wichtig, weil eine selbst aus dem Schweigen des Gesetzes zu entnehmende Nichtanerkennung zwar nicht die Beseitigung, wohl aber eine Erschwerung der Gewohnheitsrechtsbildung herbeizuführen geeignet ist. Im H.G.B. findet sich der Ausdruck Gewohnheitsrecht überhaupt nicht, ebensowenig im B.G.B., das die Lücken des Handelsgesetzbuchs gemäß Art. 2 E.G. zum H.G.B. zu ergänzen hat. Dagegen enthält Art. 2 E.G. zum B.G.B. die Bestimmung, daß unter Gesetz jede Rechtsnorm zu verstehen ist. Unbedenklich muß man sich hier fragen, welche andere Rechtsnormen das B.G.B. neben dem Gesetz im engeren Sinne und welche diesen zugrunde liegende Rechtsquelle es anerkannt wissen will. Darauf ist zweifellos zu antworten, daß das B.G.B. auch das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkennt.[1]) Dies ergibt sich ganz deutlich aus der Entstehungsgeschichte des B.G.B. Nach dem Entwurf I sollte das Gewohnheitsrecht nur insoweit gelten, als das Gesetz darauf verweist.[2]) Im

---

[1]) Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs 1. Lief. S. 21.
[2]) Motive zum allgemeinen Teil des B.G.B. S. 3—10, Mugdan, die gesamten Materialien zum B.G.B. Bd. 1 S. 360—364.

Entwurf II wurde diese Bestimmung gestrichen, indem man die Selbständigkeit des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle anerkannte und auf die Möglichkeit der Bildung von Gewohnheitsrecht hinwies.[1]) Hiernach bildet also das Schweigen des Gesetzes eine stillschweigende, im Art. 2 E.G. zum B.G.B. angedeutete Anerkennung dieser Rechtsquelle. Dasselbe bedeutet auch das Schweigen des H.G.B., wie uns gleichfalls die Entstehungsgeschichte des Gesetzbuchs lehrt.[2]) Im Kommissionsentwurf zu dem H.G.B. war eine ausdrückliche Anerkennung des Gewohnheitsrechts darin enthalten, daß man dem Gewohnheitsrecht eine subsidiäre Stellung gegenüber handelsrechtlichen Vorschriften, den Vorzug aber vor den bürgerlichen Bestimmungen einräumte. Wenn man später diese Bestimmung strich, so geschah es mit Rücksicht darauf, daß sie geeignet sei, partikuläres Gewohnheitsrecht zu schaffen und die Rechtseinheit zu gefährden,[3]) nicht aber deswegen, um dem Gewohnheitsrecht die Anerkennung als Rechtsquelle zu versagen; die Entscheidung über die bindende Kraft gewohnheitsrechtlicher Normen sollte vielmehr der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben. Nunmehr[4]) kann man auch mit Rücksicht darauf, daß das H.G.B. öfters auf Gebräuche (namentlich Ortsgebräuche) verweist, sagen, daß das H.G.B. den engsten Zusammenhang zwischen seinen Bestimmungen und den Erscheinungen des wirklichen Lebens herstellen will, und daß es, um diesem Prinzip nicht untreu zu werden, schon aus diesem Grunde dem Gewohnheitsrecht, einer meist den dringendsten Bedürfnissen des menschlichen Zusammenlebens entspringenden Rechtsquelle grundsätzlich nicht abgeneigt sein darf.[5]) Schließlich sind noch die Bestimmungen des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 (§§ 19 und 40) und des Gesetzes betreffend die Rechtsverhältnisse in den deutschen Schutzgebieten vom 15. März 1888 (§ 2)[6]) zu beachten. Nach diesen Bestimmungen gilt in den deutschen Konsulargerichtsbezirken und in den Schutzgebieten das dortige Gewohnheitsrecht selbst vor den Vorschriften des H.G.B., die übrigens nur für die in diesen Bezirken sich aufhaltenden Reichsangehörigen und Schutzgenossen in Frage kommen. Die schwierige Frage nach der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts kann mithin in den genannten Bezirken nicht in Betracht kommen, desto mehr aber die

---

[1]) Protokolle zum allgemeinen Teil S. 15 ff. und 8770 ff., Mugdan a. a. O. S. 568–570.

[2]) Riesenfeld, Breslauer Handelsgebr. (1900), Einl. S. XXXV—XXXVII.

[3]) Denkschrift. S. 2 ff. bei Mugdan, Materialien zum Handelsgesetzbuche für das deutsche Reich und dem Einführungsgesetze S. 93.

[4]) Es ist unzutreffend bei der Erörterung der Frage nach der gesetzlichen Anerkennung des Gewohnheitsrechts von vornherein von solchen Gesetzesbestimmungen auszugehen, die sich durchaus nicht auf das Gewohnheitsrecht als „Rechtsquelle" beziehen. Dies tut Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. 1 S. 6 ff.

[5]) Die gesetzliche Anerkennung wird in der Literatur kaum mehr bestritten, s. Endemann Lehrbuch des Bürgerl. Rechts 9. Aufl. Bd. 1 S. 37 und 38 Anm. 16. Anders Goldmann und Lilienthal, das Bürgerl. Gesetzbuch Bd. 1 S. 30 und 31, weil es sonst zu einer Beseitigung der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staates käme.

[6]) Ritter, Allgemeine Lehren des Handelsrechts S. 4 und 5.

nach der Rationabilität des Gewohnheitsrechts.[1]) Abgesehen von den gesetzlichen Bestimmungen ist das Gewohnheitsrecht auch lediglich von dem Gesichtspunkte aus näher zu charakterisieren, daß es als Rechtsquelle eines bestimmten Rechtsgebiets zu betrachten ist.

In zeitlicher Hinsicht läßt sich ein besonderes Kennzeichen für das Gewohnheitsrecht nicht aufstellen, denn es gilt auch auf dem Gebiete des Handelsrechts für das Gewohnheitsrecht der allgemeine Satz, daß diese Rechtsquelle abweichend von der Gesetzgebung nur Recht hervorbringt, dessen Inkraftsein und Vorhandensein zusammenfällt.[2])

In örtlicher Hinsicht bietet die Behandlung des Gewohnheitsrechts namentlich mit Rücksicht auf das Verhältnis des partikulären zum gemeinen Recht so große Schwierigkeiten, daß dieser Frage im nächsten Kapitel eine besondere Darstellung gewidmet ist.

In sachlicher Richtung hat die Prüfung der Rechtsquelle in der Weise zu erfolgen, daß ein charakteristisches, den handelsrechtlichen Tatbeständen gemeinsames Merkmal ausfindig gemacht und aus der Eigenart dieses Moments die Besonderheit der die Handelsrechtsnormen produzierenden Rechtsquelle bestimmt wird, denn zweifellos entnimmt das Gewohnheitsrecht als Quelle des Handelsrechts den eigenartigen Verhältnissen des Handels manches besondere Merkmal. Die Frage der theoretischen Begründung des Handelsrechts als ein Sonderrecht hat bereits die verschiedensten Lösungen erfahren, die aber stets wegen einseitiger Hervorkehrung bald historischer, bald lediglich volkswirtschaftlicher Gesichtspunkte nicht haben befriedigen können. Namentlich hat eine in der Neuzeit stark hervorgetretene volkswirtschaftliche Theorie, welche den Handel kurz als die den Güterumlauf vermittelnde Tätigkeit[3]) charakterisiert, notwendig zu einer Vermischung des Handelsrechts mit dem allgemeinen Verkehrsrecht geführt. Eine von Heck[4]) neuerdings aufgestellte Theorie ist deswegen vorzuziehen, weil sie das Handelsrecht als Ganzes begründend vor allem das heutige Geltungsgebiet desselben brauchbar umsteckt. Faßt man nämlich, von dem Einfluß der Lebensbedürfnisse auf die Rechtsgestaltung ausgehend, die Wirkungen des rechtsgeschäftlichen Massenbetriebes ins Auge, so muß man unbedenklich zu dem Ergebnisse gelangen, daß das geltende Handelsrecht sehr wohl als ein Recht des rechtsgeschäftlichen Massenbetriebes charakterisiert werden kann.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß sich auch hierauf die gerade im neuen Handelsgesetzbuch stark hervortretende subjektive Färbung und Abgrenzung des Handelsrechts zurückführen läßt. Wie Gewerbebetriebe schon als

---

[1]) Dernburg, Das bürgerl. Recht des deutschen Reiches und Preußens Bd. 1 S. 77. Vgl. auch oben über die Bildung irrationeller partikulärer Gewohnheiten S. 28 Anm. 3.

[2]) Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche (1900), Einleitung S. XLV.

[3]) Schon Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts Bd. 1 Einleitung § 1 hat erkannt, daß der bloße Tauschverkehr noch nicht der wirkliche Handel ist, den wir gegenwärtig mit diesem Ausdruck verbinden, trotzdem definiert er den Handel als den vermittelnden Güterverkehr.

[4]) Heck im Arch. für die civ. Prax. 1902.

solche die bloße gelegentliche Vornahme von Geschäften begrifflich [1]) ausschließen, so deuten doch gerade die in den §§ 1 und 2 des H.G.B. aufgezählten Betriebe, die im § 1 ihres Inhalts wegen, die im § 2 ihrer Art und ihres Umfanges wegen auf eine derart bedeutende rechtsgeschäftliche Tätigkeit hin, daß mit vollem Recht die sich mit derartigen Gewerbebetrieben befassenden Personen, deren ganze Berufstätigkeit zumeist in diesen aufgeht, mit einem besonderen Namen bezeichnet und zu einem besonderen Stande zusammengefaßt sind. Aber nicht nur an der Sonderrechtsstellung der Kaufleute überhaupt, sondern weit mehr an der Art dieser Sonderrechtsstellung läßt sich der Einfluß des rechtsgeschäftlichen Massenbetriebes nachweisen; die häufige Vornahme von Rechtsgeschäften führt nämlich notwendig zu einer Steigerung der rechtsgeschäftlichen Tüchtigkeit. Daß damit bei den Kaufleuten [2]) gerechnet wird, beweist ihre strenge Behandlung durch das Handelsrecht, welches sie nicht allein gewisser Schutzbestimmungen des allgemeinen Rechtes [3]) beraubt, sondern auch durch Bestimmungen positiven Inhalts erhöhte Anforderungen an ihre Sorgfalt, Aufmerksamkeit und Arbeitskraft stellt. [4]) Allein trotz aller rechtsgeschäftlicher Tüchtigkeit wird es einem Kaufmann, je größer sein Betrieb ist, umso weniger gelingen, diesen allein zu bewältigen, er wird sich vielmehr auch der Hilfe anderer Personen [5]) bedienen müssen, welche für ihn Geschäfte abschließen, vermitteln und erledigen. Da ferner der Massenbetrieb die verschiedensten Abstufungen aufweisen kann, [6]) so ist es selbstverständlich nicht angebracht, die mit einem kleinen Betriebe sich befassenden Personen (Minderkaufleute) mit derselben Strenge zu beurteilen, welche bei einer in einem Massenbetriebe stehenden Person (Vollkaufmann) gerechtfertigt erscheint. Endlich muß auch mit Rücksicht darauf, daß in manchen Beziehungen der Massenbetrieb seine Wirkungen auch über den Kaufmannsstand hinaus erstreckt, es selbstverständlich erscheinen, daß mitunter auch auf Nichtkaufleute handelsrechtliche Normen Anwendung finden, mithin das Handelsrecht sich nicht als ein Sonderrecht ausschließlich (aber doch vornehmlich) subjektiver Natur charakterisieren läßt. Auch das Wechselrecht ist vom Gesichtspunkte des Massenbetriebes zum Handelsrecht zu rechnen. Der Wechsel, das sog. Papiergeld der Kaufleute hilft aus, wo Barmittel nicht sofort zur Stelle sind, wo man andrerseits nicht warten

---

[1]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 22, 2a. Gewerbemäßig ist ein Betrieb nur, wenn er planmäßig (also auf einen größeren rechtsgeschäftlichen Umfang berechnet) vorgenommen wird.

[2]) Ja selbst bei sog. Hilfsgewerben.

[3]) Bei der Bürgschaft, dem abstrakten Vertrage und bei der Konventionalstrafe. Heck a. a. O. S. 443.

[4]) Bei der Versäumnis, der Mängelrüge, Führung von Geschäftsbüchern, Kopierung und Aufbewahrung von Geschäftsbriefen.

[5]) Handlungsgehilfen, Handlungslehrlinge, Handlungsagenten, Handelsmäkler, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte.

[6]) vgl. Heck a. a. O. S. 460 u. 461, welcher insbesondere das Recht der die höchsten Grade des Massenbetriebes aufweisenden Börsengeschäfte als potenziertes Handelsrecht bezeichnet.

will oder kann und doch das Geschäft abschließen möchte. Hier mag ein anderes Zahlungsmittel genügen, wenn es nur dem Empfänger genügend Sicherheit bietet und ihn in die Lage setzt, es jederzeit durch Weitergabe gegen Geld zu verwerten. Die Ausdehnung des Wechselrechts auf die Allgemeinheit kann seine sonderrechtliche Stellung umso weniger beeinträchtigen, als die Ausdehnung nur auf die große Schwierigkeit und die drohende Gefahr einer genauen Abgrenzung zurückzuführen ist.[1]) Hierdurch wird gleichzeitig die geringe Geschlossenheit des Handelsrechts als Sonderrecht angedeutet. Bereits der Umstand, daß das gewöhnliche Leben und die volkswirtschaftlichen Lehren in ihrer Auffassung des handelsrechtlichen Anwendungsgebietes mit der rechtlichen Ordnung nicht übereinstimmen,[2]) erweist sich als ein Hindernis, eine genaue Grenze festzustellen. Dazu kommt die enge Anlehnung des Handelsrechts an das allgemeine bürgerliche Recht,[3]) dem nur wenig Rechtsinstitute des Handelsrechts fremd sind. Drittens würden aber auch in keinem Falle die einmal aufgestellten Grenzen für alle Zeiten als maßgebend hingestellt werden dürfen.[4]) Denn es ist jederzeit denkbar, daß ein bisher sonderrechtlicher Satz eine Verallgemeinerung erfährt. Diese allgemeine Ausdehnung, die die Relativität des Begriffs Handelsrecht und die Verschiebbarkeit seiner Grenzen klarlegt, ist aber nicht als eine lediglich persönliche, sondern zugleich auch als eine sachliche zu denken. Nicht nur die Anwendbarkeit auf sämtliche Personen, sondern das gleichzeitige allgemeine Bedürfnis nach dem betreffenden Rechtssatze begründet dessen Allgemeinheit.

Demnach ergeben sich für das Gewohnheitsrecht als Quelle des Handelsrechts nachstehende Folgen. Erstens wird sich das Gewohnheitsrecht auf Verhältnisse[5]) richten, die infolge des Massenbetriebes eine besondere rechtliche Regelung beanspruchen und eine Regelung entsprechend den Bedürfnissen des Massenbetriebes herbeiführen. Die meisten dieser Verhältnisse sind jetzt in einer zweckentsprechenden sonderrechtlichen Weise durch das Gesetz geregelt, sodaß dem Gewohnheitsrecht sowohl als ergänzender, wie auch als abändernder Rechtsquelle kaum ein Spielraum gelassen ist. Doch finden sich auch heute noch Verhältnisse der genannten Art, deren Regelung dem Gewohnheitsrechte im weiten Umfange überlassen ist, so auf dem Gebiete des Checkrechts, das eine durch den Massenbetrieb begründete eigenartige Zahlungsausgleichung zum Gegenstande hat. Ferner werden für die Gewohnheitsrechtsbildung selbst infolge des Massenbetriebes regelmäßig eine bedeutende Zahl von Übungsfällen er-

---

[1]) Heck a. a. O. S. 464.

[2]) Heck a. a. O. S. 444 u. 445.

[3]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 6. Aufl. S. 3 II.

[4]) Heck a. a. O. S. 465.

[5]) Es kann einen großen Kreis solcher Verhältnisse umfassen. Es kann aber auch auf einzelne Arten solcher Verhältnisse, auf bestimmte Geschäftszweige gerichtet sein. Creizenach, Das Wesen und Wirken der Handelsgerichte und ihre Kompetenz (1861) S. 87; ferner Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 1 S. 42.

fordert werden müssen, ehe man das Vorhandensein eines Rechtssatzes annehmen kann. Weiterhin ergibt sich, daß sich wegen der geringen Geschlossenheit des Handelsrechts nicht immer mit Sicherheit sagen lassen wird, ob das Gewohnheitsrecht bei der Bildung eines bestimmten Satzes als Quelle des Handelsrechts oder des allgemeinen Rechts zu charakterisieren ist. Endlich wird durch den Umstand, daß eine Verallgemeinerung eines bisherigen Sonderrechtssatzes eintreten kann, erwiesen,[1]) daß nicht nur die sonderrechtliche,[2]) sondern auch die allgemeine Gewohnheitsrechtsbildung insofern als Quelle des Handelsrechts auftreten kann, als dadurch der Bestand des Sonderrechts berührt wird.

Der Personenkreis, der an der Rechtsbildung beteiligt sein kann, wird bei der Verschiedenartigkeit des Auftretens des Gewohnheitsrechts als sonderrechtliche oder allgemeine Rechtsquelle verschieden sein. Wie jeder Rechtszustand, so kann auch der Sonderrechtszustand durch eine Rechtsquelle in der Weise beeinflußt werden, daß durch die Rechtsquelle dem geltenden Rechtszustande widersprechendes (d. h. eine Norm desselben aufhebendes oder abänderndes) oder denselben ergänzendes Recht hervorgebracht wird. Dazu kommt noch als eine Besonderheit für das Sonderrecht hinzu, daß es auch durch eine Verallgemeinerung einer seiner Sätze eine Veränderung erleiden kann. Die das Sonderrecht als solches ergänzende Norm kann selbstverständlich wieder nur eine Sonderrechtsnorm sein, ebenso die einen Sonderrechtssatz lediglich aufhebende Norm. Im Gegensatze hierzu ist die verallgemeinernde Norm stets ein Satz des allgemeinen Rechts. In der Mitte steht der Rechtssatz, der eine Sonderrechtsnorm abändert. Die Abänderung kann nämlich sowohl durch einen Satz des allgemeinen Rechts[3]) wie durch einen Sonderrechtssatz geschehen. Über diejenigen Personenkreise, welche an der Sonderrechtsbildung beteiligt sein können, gibt uns das H.G.B. Aufschluß. Wie uns die dort zusammengestellten Normen beweisen, sind es nicht ausschließlich Kaufleute, die als Subjekte handelsrechtlicher Tatbestände in Betracht kommen. Daher erscheint es ebensowenig richtig als erschöpfend, nur Kaufleute als beteiligte Personen hinzustellen.[4]) Soweit allerdings für handelsrechtliche Verhältnisse lediglich Kaufleute in Betracht kommen, kann es bei einer Regelung dieser Verhältnisse auch nur auf deren Übung und Rechtsüberzeugung ankommen. Dementsprechend kann eine sich lediglich innerhalb des Kaufmannsstandes vollziehende Gewohnheitsrechtsbildung auch nur für diesen Stand Bedeutung haben. Daher werden handelsrechtliche Verhältnisse, die sich auf

---

[1]) Näheres hierüber s. unten S. 41 oben.

[2]) Über das Handelsgewohnheitsrecht s. Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch Bd. 1 S. 17; Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 1 S. 41; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 79 und 80.

[3]) Näheres hierüber s. unten S. 41 oben.

[4]) Es ist deshalb auch nicht zutreffend, das Gewohnheitsrecht als Quelle des Handelsrechts dadurch im besonderen zu charakterisieren, daß man es als das einer Berufsklasse eigentümliche Gewohnheitsrecht bezeichnet. Dies tut Creizenach, Das Wesen und Wirken der Handelsgerichte und ihre Kompetenz S. 84.

Nichtkaufleute miterstrecken, nicht ohne deren Übung und Rechtsüberzeugung gewohnheitsrechtlich geregelt werden können. Es ist einleuchtend, daß solange sich nicht auch die Nichtkaufleute einem Satze als einem Rechtssatze unterworfen haben, die Kaufleute nicht verlangen können, daß die Nichtkaufleute dem Satze als einem auch für sie maßgebenden Gewohnheitsrechtssatze unterstellt werden, zumal ja auch umgekehrt eine Rechtsübung der anderen den Kaufleuten nicht aufgezwängt werden kann. Findet man, daß die eine Partei eine gleichmäßige Übung vielleicht auch in der Überzeugung rechtlicher Notwendigkeit befolgt, der die andere Partei aber ohne die entsprechende Rechtsüberzeugung sich fügt, so kann man stets nur von einer Wahrnehmung subjektiver Interessen sprechen. So verhält es sich, wenn gewisse Verträge von den Kaufleuten mit den Nichtkaufleuten unter Benutzung bestimmter Formulare abgeschlossen werden und sich eine bestimmte Übung für die Verträge mit dem formularmäßigen Inhalt herausbildet. Regelmäßig wird der übliche Inhalt der Verträge nicht zu einem dispositiven Rechtssatz erstarken. Denn die die üblichen Vertragsbedingungen der Kaufleute annehmenden Nichtkaufleute werden sich den in erster Reihe den Kaufleuten zugute kommenden Bedingungen meist nur in der Meinung, daß die Vorteile des Geschäfts die durch die Unterwerfung unter jene Formulare für den Käufer etwa fließenden Nachteile überwiegen, mithin aus Zweckmäßigkeitsrücksichten unterwerfen. Es wird daher nur eine Usance, ein bloßer Geschäftsgebrauch entstehen, der mitunter, wie im letzten Kapitel gezeigt wird, auch ohne den ausdrücklichen Willen, ja vielleicht sogar ohne die Kenntnis eines Nichtkaufmanns von der Übung gegen ihn gemäß §§ 157 und 242 B.G.B. zur rechtlichen Beachtung gelangen kann, nicht aber ein Rechtssatz. Neben handelsrechtlichen Tatbeständen, an denen nur Kaufleute beteiligt sind, und solchen, an denen auch Nichtkaufleute mitbeteiligt sind, gibt es auch Tatbestände, auf die handelsrechtliche Normen Anwendung finden, selbst wenn keiner der Beteiligten ein Kaufmann ist.[1] Daraus könnte man schließen, daß auch durch die Rechtsübung von Nichtkaufleuten eine handelsrechtliche Sonderrechtsbildung sich vollziehen kann. Theoretisch mag dies haltbar sein, praktisch aber kaum. Denn selbst die zuletzt erwähnten Tatbestände, z. B. ein nach dem H.G.B. zu beurteilendes Seefrachtgeschäft, sind stets solche, an denen regelmäßig und in erster Reihe Kaufleute beteiligt sind. Es ist daher undenkbar, daß dauernd für derartige Verhältnisse hauptsächlich Nichtkaufleute in Betracht kämen, sodaß eine Sonderrechtsbildung für diese Verhältnisse sich ohne Rücksicht auf das Verhalten der Kaufleute vollziehen, mithin die Rechtsübung der Nichtkaufleute hierfür den alleinigen Ausschlag geben könnte. Es ergibt sich also, daß die Bildung von Handelsgewohnheitsrecht in der Hauptsache in den Händen der Kaufleute liegt, mitunter es aber auch auf das Verhalten von Nichtkaufleuten zu der Übung der Kaufleute ankommen wird. Nicht allein durch die Sonderrechtsbildung, sondern auch durch die Er-

---

[1]) vgl. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (1903) S. 21 § 6.

zeugung allgemeinen Rechts kann das Gewohnheitsrecht als Quelle des Handelsrechts insofern in Betracht kommen, als dadurch die Grenzen des Handelsrechts verschoben werden können. Die Verschiebung der Grenzen kann dadurch vor sich gehen, daß ein Satz des Handelsrechts einfach verallgemeinert wird oder dadurch, daß er durch einen Gewohnheitsrechtssatz allgemeinen Charakters abgeändert wird. Es wird wohl kaum behauptet werden, daß die einer Handelsrechtsnorm entgegenstehende Rechtsübung, wenn sie unter Beteiligung der Allgemeinheit, also auch der Kaufleute, stattfindet, zur Abänderung dieser Rechtsnorm unfähig sei, weil sie allgemeines Recht erzeuge, dieses aber nach dem herrschenden Prinzip von der subsidiären Geltung des allgemeinen Rechts gegenüber dem Sonderrecht erst nach der Handelsnorm, nicht aber an deren Stelle zur Anwendung kommen dürfe. Denn erstens bezieht sich dieses Prinzip nur auf das vorhandene, insbesondere das geschriebene, nicht aber auch auf alles zukünftige Recht. Zweitens würde die obige Ansicht zu der unsinnigen Konsequenz führen, daß ein Sonderrechtsverhältnis, welches im Laufe der Zeit den Charakter eines solchen verloren hat und nach einer anderen Regelung verlangt, für die an dem bisherigen Sonderrechtsverhältnis Beteiligten nicht in der Weise abgeändert werden kann, wie die anderen mitüben, obwohl gerade die Mitübung der anderen beweist, wie dringend das Bedürfnis nach einer Umgestaltung ist. Aus dem Umstande, daß der Verallgemeinerung einer Sonderrechtsnorm eine allgemeine Übung vorausgehen muß, geht hervor, daß eine Verschiebung der Grenzen nach persönlicher Richtung meist [1]) auf ein verändertes Bedürfnis, d. h. auf eine Verschiebung der sachlichen Grenzen zurückzuführen sein wird. Dies ist seltener der Fall beim Gesetzesrecht, wie uns das nach H.G.B. zu beurteilende Seefrachtgeschäft lehrt, bei dem weder der Absender noch der Empfänger noch der Verfrachter Kaufmann zu sein braucht, in Wirklichkeit aber doch fast immer sein wird. Dagegen wird beim Gewohnheitsrecht, das doch weit mehr als das Gesetz unmittelbar unter dem Einflusse der Lebensbedürfnisse steht, fast immer nur unter einer entsprechenden sachlichen Ausdehnung, d. h. einem entsprechenden Bedürfnis nach einer Norm eine persönliche Ausdehnung eintreten. Von den sachlichen und persönlichen Grenzen sind streng die geographischen oder örtlichen Grenzen des Gewohnheitsrechts zu scheiden. [2]) Die letzteren bilden den Gegenstand der Abhandlung des nächsten Kapitels.

---

[1]) Denn nicht notwendig entspringt die gewohnheitsrechtliche Übung einem ihr zugrunde liegenden Bedürfnis, jedenfalls ist aber der Zusammenhang zwischen Rechtsübung und Bedürfnis grundsätzlich weit enger als der zwischen Gesetzgebung und Bedürfnis.

[2]) Eine Verwechselung der verschiedenen Arten der Grenzen findet sich bei Schmidt, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens S. 54. Schmidt erklärt jedes Handelsrecht für partikuläres Recht, da stets nur eine pars der Bürger den handelsrechtlichen Normen unterstehe. Anders Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 S. 67 Anm. 3.

5. Kapitel.

Gemeines und partikuläres Handelsgewohnheitsrecht.

Gemeines[1]) Handelsgewohnheitsrecht ist dann vorhanden, wenn ein durch Übung und Rechtsüberzeugung entstehender Rechtssatz eine allgemeine Anerkennung bei den an den betreffenden handelsrechtlichen Verhältnissen beteiligten Personenkreisen in ganz Deutschland gefunden hat. Da die allgemeine Anerkennung scharf von der Anerkennung aller zu unterscheiden ist, ergibt sich, daß nicht auch überall in den betreffenden Kreisen sich die Übung und Rechtsüberzeugung tatsächlich vorfinden muß.[2]) Das tatsächliche Vorhandensein der beiden rechtserzeugenden Faktoren kann auch lediglich lokaler Natur[3]) sein, wenn nur aus der Art und Weise des Hervortretens und der Wirksamkeit der beiden Faktoren auf eine allgemeine Bindung der beteiligten Kreise in ganz Deutschland zu schließen ist.[4]) Eine solche allgemeine Bindung und Anerkennung ist dann vorhanden, wenn die beteiligten Kreise in den Gegenden, in denen ein Satz als Rechtssatz geübt wird, in einer ausschlaggebenden Übermacht vertreten sind und die Rechtsübung ihre Begründung nicht in irgend welchen besonderen, sondern in allgemeinen für das ganze Reich maßgebenden Umständen findet. Unter diesen Voraussetzungen wird erstens nicht zu erwarten sein, daß in den Gegenden, in denen der Satz bisher noch nicht geübt wurde, diesem Satz, falls er in Frage kommt, die Anerkennung versagt wird. Hierbei sei erwähnt, daß dieser Fall nicht mit demjenigen auf gleiche Stufe gestellt werden darf, wo überhaupt noch nicht geübt wurde, sondern nur die Rechtsüberzeugung vorhanden ist. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es etwas anderes ist, wenn ein Satz nur ein unsichtbares Dasein in einer oft schwankenden Rechtsüberzeugung fristet, als wenn er — mag es auch nur in manchen Gegenden geschehen sein — bereits durch die Übung die Feuerprobe für das geltende Recht bestanden hat. Zweitens würde aber auch, wenn die Anerkennung in den Gegenden, in denen bisher noch nicht geübt wurde, ausbliebe, dies an dem Charakter des betreffenden Satzes als gemeinen Rechtssatzes nichts ändern, da trotzdem bei der erdrückenden Übermacht der beteiligten Kreise in den anderen Gegenden eine allgemeine Anerkennung in ganz Deutschland, wenn auch nicht eine Anerkennung aller Beteiligten

---

[1]) Die Begriffe gemeines und allgemeines Recht fallen beim Gewohnheitsrecht zusammen. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 85 Anm. 3.

[2]) Crome (System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 86) definiert: ein in ganz Deutschland sich betätigendes Gewohnheitsrecht.

[3]) Es ist falsch, lokales und partikuläres Gewohnheitsrecht gleichzustellen. Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht S. 259; ebenso Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts S. 3.

[4]) Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 1 S. 42 B.

in Deutschland vorhanden wäre. Hieraus ist gleichzeitig ersichtlich, wie ungerechtfertigt die Forderung derjenigen ist, die für die Bildung eines gemeinen Gewohnheitsrechts eine gleichzeitige an allen Orten Deutschlands vorhandene Übung und Rechtsüberzeugung verlangen. Solche Schriftsteller hätten sich klarer ausgedrückt,[1]) wenn sie behauptet hätten, daß sich heutzutage gemeines Handelsgewohnheitsrecht nicht bilden kann. Unsere Auffassung berechtigt uns aber auch heute noch, die Bildung von gemeinem Handelsgewohnheitsrecht als möglich hinzustellen und solches schon dann als vorhanden anzunehmen, wenn es sich in den maßgebenden Handelsstädten Deutschlands durchgesetzt hat.

Dem gemeinen Handelsgewohnheitsrecht steht das partikuläre gegenüber. Es unterscheidet sich von dem gemeinen, lediglich lokal auftretenden Handelsgewohnheitsrecht dadurch, daß die in der Übung und Rechtsüberzeugung sich ausprägende Anerkennung eines Satzes als Rechtssatz nur auf einen besonderen Teil Deutschlands bezogen werden darf.[2]) Dies ist dann der Fall, wenn die in diesem Teile Deutschlands vorhandenen an der Rechtsbildung beteiligten Personenkreise nicht in der Übermacht gegenüber den entsprechenden Kreisen anderer Teile Deutschlands vertreten sind, vielleicht auch die Rechtsübung auf besondere, nur dem betreffenden Teile Deutschlands, z. B. einem bestimmten Markte oder einer bestimmten Börse, eigentümliche wirtschaftliche oder sonstige Momente sich gründet. Unter solchen Voraussetzungen wird zunächst nicht zu erwarten sein, daß der fraglichen Regel auch anderswo in Deutschland gehorcht wird. Auf den Gehorsam aber auch anderwärts wird es hier für eine gemeine Gewohnheitsrechtsbildung ankommen, da die den Satz übenden Kreise zufolge ihrer unzureichenden Macht über die entsprechenden Kreise in anderen Gegenden dem Satze zwar eine allgemeine Anerkennung innerhalb ihrer eigenen Gegenden, nicht aber eine solche in ganz Deutschland verschaffen können. Bei der Charakterisierung der Stellung des partikulären Gewohnheitsrechts, insbesondere in seinem Verhältnis zum gemeinen Recht (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) sind[3]) Bestimmungen gemeinrechtlichen Charakters bedingungslos ohne Einschränkung zu verwenden. Wer wie Cosack[4]) ohne Rücksicht auf solche Bestimmungen auch im Kampfe der partikulären Rechtsgewohnheit mit gemeinem Recht lediglich die tatsächliche Macht entscheiden lassen will, übersieht, daß die Machtfrage durch die Existenz dieser Rechtsbestimmungen und der staatlichen Ordnung bereits entschieden ist und solange entschieden bleibt, als nicht der Staat selbst seinen Untergang gefunden oder fast jede Macht ver-

---

[1]) Esser, Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts S. 60.

[2]) Die Grenze ist eine geographische (Territorialprinzip) und nicht eine durch die Köpfe der Bevölkerung bestimmte, numerische. Es gibt auch gemeines Recht, das nur für bestimmte Glieder des Volkes gilt, z. B. gemeines Handelsrecht; siehe hierüber Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 S. 67 Anm. 3.

[3]) s. am Ende des allgemeinen Teils.

[4]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 40 u. 41; gegen Cosack s. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 85.

loren hat. Gestattet jedoch der Staat, daß seine selbst ius cogens enthaltenden Normen von Rechtssätzen kleinerer ihm untergeordneter Kreise durchbrochen werden können, dann ist Cosack recht zu geben und die Machtfrage als eine offene zu behandeln. Es ist ferner auch zuzugeben, daß, natürlich den Fall einer solchen Genehmigung vorausgesetzt,[1]) die Durchbrechung der staatlichen Normen um so leichter durch das partikuläre Gewohnheitsrecht erfolgen wird, je kleiner der für die Gewohnheitsrechtsbildung in Frage kommende Kreis ist, denn je enger der Kreis, um so intensiver die Übung und Rechtsüberzeugung, um so größer auch die Macht des sich entwickelnden Gewohnheitsrechtssatzes.

Im geltenden Rechte finden sich zwar reichsgesetzliche Bestimmungen, die das partikuläre Recht, nämlich das Landesgesetz, als Rechtsquelle betreffen. Da es aber zweifelhaft sein kann, ob der Gesetzgeber unter Landesgesetz auch Landesgewohnheitsrecht verstanden wissen will, so ist zunächst diese Frage zu untersuchen. Es kommen als derartige Bestimmungen der Art. 2 der R.V. vom 16. April 1871 und der Art. 15 E.G. zum H.G.B. in Betracht, von denen Art. 2 die subsidiäre Geltung des Landesgesetzes gegenüber dem Reichsgesetz im allgemeinen und Art. 15 speziell für das Gebiet des Handelsrechts bestimmt, daß landesgesetzliche Bestimmungen nur insoweit bestehen bleiben und späterhin erlassen werden können, als die Landesgesetze unberührt bleiben. Im H.G.B. würde der Ausdruck Handelsgesetz deswegen im weiteren Sinne, also auch im Sinne von Landesgewohnheitsrecht, ohne weiteres aufgefaßt werden können, weil der Art. 2 E.G. zum B.G.B. bestimmt, daß unter Gesetz jede Rechtsnorm zu verstehen ist. Anders verhält es sich mit der Ausdehnung des Art. 2 der R.V. auf das partikuläre Gewohnheitsrecht. Man mag Endemann[2]) recht geben, daß bereits vor der Reichsverfassung Gesetze vorhanden gewesen sind, die das Wort Gesetz als jede Rechtsnorm ausgelegt haben, und daß demnach auch die R.V. das Wort Gesetz im weiteren Sinne hätte anwenden können. Keinesfalls ist man aber berechtigt, auch den Art. 2 der R.V. in dieser Weise zu interpretieren. Denn wenn der Art. 2 weiterhin vorschreibt, in welcher Weise ein Gesetz (Reichsgesetz) zustande kommt, so spricht augenscheinlich der Wortlaut[3]) dagegen, den Ausdruck Gesetz (auch Landesgesetz) im weiteren Sinne aufzufassen. Nur der Zweck der Bestimmung kann uns hier auf richtige Wege leiten, und zwar trifft derselbe Zweck für Art. 2 der R.V. wie für Art. 15 E.G. zum H.G.B. zu, nur daß er bei ersterem uns den wahren Weg erst weist, bei letzterem dagegen als Bestärkung der schon nach dem Wortlaut zulässigen Interpretation dient. Die in den Bestimmungen dem gemeinen Recht eingeräumte Vormachtstellung und die dem Landesgesetz auferlegten Beschränkungen sollen offenbar dazu dienen, der partikulären

---

[1]) Bei Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 41 fehlt diese Voraussetzung.
[2]) Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts (1903) Bd. 1 S. 36.
[3]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. 1 S. 75.

Rechtsbildung einen Riegel vorzuschieben, damit sie nicht die von der Reichsgesetzgebung angestrebten Ziele vereiteln, insbesondere nicht den ehemaligen bunten Rechtszustand der früheren deutschen Zeit mit seinen Unzuträglichkeiten zurückführen und die mühsam errungene Rechtseinheit, sowie das Gefühl der Zusammengehörigkeit auf rechtlichem Gebiete zerstören könne.[1]) Es kann nicht geleugnet werden, daß selbst von der Rechtsgewohnheit eine Störung der Rechtseinheit nicht ausgeschlossen ist, vielmehr bei der Leichtigkeit partikulärer Gewohnheitsrechtsbildung sehr leicht möglich ist und auch die Gefahr besteht, daß einzelnen Bestimmungen ehemaliger partikulärer Kodifikationen im Wege des Gewohnheitsrechts das Fortbestehen oder Wiederinkrafttreten ermöglicht wird. Soll nun der Zweck der Bestimmungen, die Rechtseinheit herzustellen und zu sichern, wirklich durch die Bestimmungen erreicht werden, so ist notwendig das Wort Gesetz im weiteren Sinne auszulegen und die gesetzliche Beschränkung auch auf das partikuläre Gewohnheitsrecht auszudehnen.[2])

Demgegenüber können solche Einwendungen nicht als maßgebend angesehen werden, welche von dem Grundgedanken der wesentlichen Verschiedenartigkeit von Gesetz und Gewohnheitsrecht ausgehen und sich gegen die gleichmäßige Behandlung dieser beiden Rechtsquellen auch in der vorliegenden Frage richten. Erstens, so führt man aus, sei das Gewohnheitsrecht nicht wie das Gesetzesrecht der Gefahr einer willkürlichen Aus- und Fortbildung ausgesetzt; es werde sich nur in den Fällen dringendsten Bedürfnisses[3]) entwickeln, und der Befriedigung solcher Bedürfnisse entgegenzutreten, könne nicht im Sinne des Art. 2 der R.V. liegen, zumal eine Zersplitterung der Rechtseinheit bei der äußersten Seltenheit eines solchen Falls nicht zu besorgen sei. Hiergegen ist zu erwidern, daß die partikuläre Gewohnheitsrechtsbildung an sich keineswegs etwas schwer Mögliches ist und wie jede Gewohnheitsrechtsbildung nicht immer den dringendsten Bedürfnissen notwendig entspringt, vielleicht auch nur einem gewissen Hang zum Alten, so bei der Aufrechterhaltung ehemaliger durch das Gesetz aufgehobener Rechtsinstitute. Zweitens, fährt man fort, sei eine Zersplitterung der Rechtseinheit auch deswegen umsoweniger zu befürchten, als der Wirkungskreis des Gewohnheitsrechts wegen der Hindernisse, welche der Bildung eines Gewohnheitsrechtssatzes entgegenstehen, stets sehr unbedeutend[4]) sei. Deshalb seien große Umwälzungen,

---

[1]) Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. 1. Lief. S. 22.

[2]) So Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts S. 3 und 4; in derselben Weise Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. 1. Lief. S. 22; Crome, System des deutschen bürg. Rechts Bd. 1 S. 85; Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B. in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft S. 49. Anders Gareis, B.G.B. Einleitung S. XXIV. Vgl. ferner Protokolle zum allgemeinen Teile des B.G.B. S. 8774; Mugdan, Die gesamten Materialien zum B.G.B. S. 570.

[3]) Krückmann in Jherings Jahrb. für die Dogmatik des bürg. Rechts 38. Bd. S. 200: „Niemals (??) wird ein Gewohnheitsrecht ohne dringende, schwerwiegende Gründe ins Leben treten."

[4]) Krückmann a. a. O. S. 201 und 202.

wie sie durch die partikuläre Gesetzgebung herbeigeführt werden könnten, durch das partikuläre Gewohnheitsrecht kaum denkbar. Wenn allerdings auch zugegeben werden muß, daß große Umwälzungen im Wege des Gewohnheitsrechts sich heutzutage kaum durchsetzen werden, so ist doch nicht zu übersehen, daß schon allein die Möglichkeit partikulärer Gewohnheitsrechtsbildung zu bedeutenden Unzuträglichkeiten, namentlich im Prozeß führen kann. Als wichtigster Grund gegen die Auslegung des Wortes Gesetz im weiteren Sinne wird folgendes angeführt. Die Bildung partikulären Gewohnheitsrechts stehe nicht grundsätzlich mit der politischen Einheit im Widerspruch,[1] vielmehr kämen für die Bildung solchen Gewohnheitsrechts regelmäßig Kreise in Betracht, die ihre Grenzen aus der unter ihnen bestehenden, von anderen Kreisen nicht geteilten Gemeinsamkeit wirtschaftlicher Verhältnisse und Bedürfnisse, nicht aber auf Grund lediglich politischer Zusammengehörigkeit erhielten. Es ist jedoch zweifellos, daß die von Art. 2 R.V. und Art. 15 E.G. zum H.G.B. angestrebte Rechtseinheit durch jede partikuläre Gewohnheitsrechtsbildung gefährdet wird, ohne Rücksicht darauf, ob diese auf politische Sonderkreise oder auf Sonderkreise wirtschaftlichen Charakters zurückzuführen ist. Sonach stehen die eben erwähnten Gründe der Auslegung des Wortes Gesetz im weiteren Sinne nicht im Wege und sind gemäß obigem die beiden Artikel auch auf das partikuläre Gewohnheitsrecht auszudehnen.[2])

Der Art. 2 der R.V. behandelt den Fall einer Kollision zwischen Reichsgesetz und Landesrecht und stellt den Grundsatz auf: Reichsrecht bricht Landrecht. Demnach kann sich partikuläres Gewohnheitsrecht gegen ein Reichsgesetz nicht bilden. Die Frage, ob das partikuläre Gewohnheitsrecht ein Reichsgesetz ergänzen kann, bleibt offen. Art. 15 E.G. zum H.G.B. bestimmt, daß keineswegs jede partikuläre Rechtsbildung auf dem Gebiete des Handelsrechts ausgeschlossen sein soll. Das partikuläre Gewohnheitsrecht kann sich nämlich auch fernerhin insoweit bilden, als die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze unberührt bleiben. Nach Art. 15 sind diejenigen Vorschriften der Landesgesetze unberührt geblieben, von welchen es im E.G. zum H.G.B. bestimmt ist oder auf welche im H.G.B. selbst verwiesen ist. Nach Maßgabe dieses Vorbehalts ist sonach auch der partikulären Gewohnheitsrechtsbildung Spielraum gelassen und dieser deshalb die Möglichkeit gegeben, selbst ein Reichsgesetz nicht nur zu ergänzen, sondern auch aufzuheben und abzuändern, sofern sie nur im letzteren Falle die genügende tatsächliche Macht hat, die entgegenstehende reichsgesetzliche Bestimmung zu beseitigen. Die landesgesetzlichen Beschränkungen über die Bildung und Kraft des Gewohnheitsrechts kommen nicht in Betracht. Zwar sind diese Bestimmungen öffentlich rechtlicher Natur, aber bereits das alte H.G.B. im Art. 1 und auch das das neue

[1]) Krückmann a. a. O. S. 203.

[2]) Planck, B.G.B. Bd. 1 S. 39 behauptet sehr richtig, daß es sich aus dem Zwecke des Gesetzes ergäbe, daß durch dasselbe mit dem Ausdruck Landesgesetze auch Rechtssätze und Rechtsquellen kleinerer Kreise innerhalb der einzelnen Staaten betroffen würden, d. h. beschränkt würden.

H.G.B. ergänzende B.G.B. in Art. 2 E.G. zum B.G.B. haben Bestimmungen getroffen, die sich auf dieses öffentlich rechtliche Gebiet beziehen, wenigstens, soweit es für die Erzeugung privatrechtlicher Normen in Frage kommt. Da nun kein Grund besteht, das Kodifikationsprinzip des B.G.B. für dieses von ihm berührte Rechtsgebiet des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle, wenigstens des Privatrechts zu verneinen, auch die auf das Gewohnheitsrecht bezüglichen landesgesetzlichen Bestimmungen nicht unter die vorbehaltenen Materien des Art. 3 E.G. zum B.G.B. oder des Art. 15 E.G. zum H.G.B. fallen, so steht der Annahme nichts entgegen, daß auch ohne besondere gesetzliche Aufhebung [1]) die auf das Gewohnheitsrecht bezüglichen Bestimmungen für die Rechtsquelle des Privatrechts, also auch des Handelsrechts als nicht mehr vorhanden anzusehen sind.[2]) Es bleiben somit lediglich die im allgemeinen Teil aufgestellten, dem Stande der heutigen Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte entnommenen Grundsätze über das Gewohnheitsrecht maßgebend. Es ist nun nicht zu leugnen, daß auch außerhalb der sogenannten vorbehaltenen Materien partikuläre Gewohnheiten mit zugrunde liegender Rechtsüberzeugung sich bilden und infolge der §§ 135 und 242 B.G.B. und 346 H.G.B. zur rechtlichen Anwendung gelangen können. Ihre rechtliche Anwendung findet jedenfalls aber nicht deswegen statt, weil sie Rechtssitte, sondern weil sie Verkehrssitte oder Handelsgebräuche sind und deswegen umsomehr zu berücksichtigen sind, als die mit rechtlicher Überzeugung verbundenen Gewohnheiten doch sicherlich einen besonders starken Ausdruck der Verkehrssitte enthalten und einen gesteigerten Grad von bloßen Gebräuchen darstellen. Es ist aber immer zu beachten, daß diese Gewohnheiten „als Rechtssätze“ solange nicht gelten und zur Anwendung kommen können, als die partikuläre Rechtsbildung nach Maßgabe der vorbehaltenen Materien beschränkt bleibt. Denn, wie bereits oft hervorgehoben ist, können nur, insoweit der Staat kleineren Kreisen innerhalb seines Gebietes die Rechtserzeugung [3]) zuspricht oder läßt, etwaige in diesen Kreisen sich bildende Regeln als Rechtssätze aufgefaßt oder eine bei ihnen vorhandene Rechtsübung als Rechtsquelle angesehen werden.

Streng zu scheiden von dem Gewohnheitsrecht gerade kleinerer Kreise sind die bloßen Gebräuche.

---

[1]) So auch Leonhard, Der allgem. Teil des B.G.B. in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft (1900) S. 49; anders Bendix, Das deutsche bürg. Recht Bd. 1 S. 7 und 8.

[2]) Wer dies nicht zugibt, muß auf die gesetzlichen Aufhebungen, also für Art. 3 Pr. L.R. auf Art. 89 Nr. 1 a Ausführungsgesetz zum B.G.B zurückgreifen. Art. 89 Nr. 1 a bezieht sich aber auch nur auf die Gewohnheitsrechtsquelle des Privatrechts, nicht auch des öffentlichen Rechts.

[3]) Demnach sind z. B. die Bestimmungen in den Statuten einer Aktiengesellschaft, falls man in dem Recht zur Aufstellung der Statuten eine vom Staate der Gesellschaft zugestandene Befugnis zur Rechtssetzung erblickt, als Rechtssätze, andernfalls als Vertragsbestimmungen aufzufassen. Für die erstere Ansicht vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht S. 150, 151 Nr. 5.

6. Kapitel.

Gewohnheitsrecht und Gebräuche.

Im Handelsgesetzbuch wird mehrfach auf Gebräuche, namentlich auf Ortsgebräuche [1]) verwiesen. Auch in dem das H.G.B. ergänzenden B.G.B. findet in den hochwichtigen §§ 157 und 242 des B.G.B. allerdings nur indirekt dadurch eine Bezugnahme auf die Verkehrsgebräuche statt, daß bei der Auslegung von Verträgen und der Bestimmung des Inhalts von Schuldverhältnissen die Beachtung der Verkehrssitte [2]) angeordnet wird. Es herrscht jetzt allgemein in der Literatur kein Zweifel darüber, daß unter den Gebräuchen in erster Linie Gebräuche lediglich tatsächlicher Natur [3]) zu verstehen sind, und daß diese keineswegs mit dem Gewohnheitsrecht identisch sind. Dabei ist stets darauf hingewiesen worden, daß die praktische Unterscheidung von Gewohnheitsrecht und lediglich faktischen Gebräuchen äußerst schwierig ist, da beide Begriffe miteinander sehr nahe verwandt sind. [4]) In neuester Zeit hat Danz (Laienverstand und Rechtsprechung) im Gegensatze zur herrschenden Meinung die Gebräuche als eine Rechtsquelle der aus ihnen entspringenden Regeln bezeichnet und sie zugleich mit dem Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle identificiert. [5]) Im folgenden soll zunächst diese Ansicht mit der dafür vorgebrachten Beweisführung widerlegt und sodann gezeigt werden, worin die Gebräuche mit dem Gewohnheitsrecht übereinstimmen, und worin sie sich von ihm unterscheiden.

Danz behauptet, daß die aus der Verkehrssitte zu entnehmenden Sätze deswegen Rechtssätze seien, weil das Gesetz selbst den Richter anweist, daß er bei seinen Entscheidungen sie in Anwendung bringe. [6]) Mir scheint daraus gerade das Gegenteil, nämlich daß es keine Rechtssätze sind, hervorgehen zu müssen, da doch ein Rechtssatz aus sich selbst gilt und daraus, daß auf einen Satz gesetzlich verwiesen wird, nicht zu schließen ist, daß es ein Rechtssatz, d. h. ein als solcher seine rechtliche Anwendung fordernder

---

[1]) s. § 346, ferner §§ 59, 77, 94—96, 99, 380, 394 und 428 H.G.B.

[2]) Das Bestehen einer Verkehrssitte ist im Gegensatz zum Bestehen eines Handelsgebrauches nicht notwendig abhängig vom Bestehen einer tatsächlichen Übung. Die Verkehrssitte ist der weitere Begriff. Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. 2 S. 1053 Anm. 3.

[3]) Geschäftsgebrauch, Usance, stylus mercatorum, Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts (1881) Bd. 1 S. 45; Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts (1875) Bd. 1 S. 316ff.

[4]) Endemann a. a. O. S. 45; Keißner in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des preußischen Rechts 12. Jahrg. (1868) S. 582; Laband in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 17 S. 467, 1.

[5]) Danz, Laienverstand und Rechtsprechung in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerl. Rechts Bd. 38 S. 433, 434 und 454ff.

[6]) Danz a. a. O. S. 454 und 455.

Satz ist.[1]) Ferner kann auch die Beweisführung als logisch nicht zugelassen werden, daß die rechtliche Natur eines Satzes daraus hervorgehe, daß er vom Richter in Anwendung zu bringen sei. Daraus folgt nur, daß die Anwendung des Satzes Rechtens ist, nicht aber zugleich auch, daß der Satz selbst ein Rechtssatz ist. Überdies kommt auch nicht der aus der Verkehrssitte entnommene Satz selbst unmittelbar zur Anwendung, sondern der seine Berücksichtigung anordnende Rechtssatz.[2]) Wenn Danz[3]) nachzuweisen sucht, daß die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts stets auch bei den bloßen Gebräuchen vorhanden sind, so kann diesem Beweise nicht in allen Punkten beigetreten werden. Es muß allerdings zugegeben werden, daß eine längere gleichmäßige Übung sowohl für das Gewohnheitsrecht, als auch für die bloßen Gebräuche charakteristisch ist, daß also hierin beide Begriffe nicht auseinander gehen. Es muß aber entgegen Danz gemäß dem im allgemeinen Teil Gesagten die opinio necessitatis als Erfordernis des Gewohnheitsrechts aufrecht erhalten werden und als Erfordernis bloßer Gebräuche in Abrede gestellt werden. Denn den bloßen Gebräuchen liegt meistens nur ein Gefühl der Anständigkeit oder Zweckmäßigkeit, kurz der Angemessenheit eines Satzes, mitunter sogar der Bequemlichkeit zugrunde[4].) Wenn Danz behauptet, daß auch diesen Gefühlen das Gefühl einer Notwendigkeit oder eines Zwanges entspringe,[5]) so übersieht er, daß es doch eben nicht das ganz spezielle[6]) Empfinden der rechtlichen Notwendigkeit ist. Wenn Danz weiter ausführt, daß das Gefühl des Zwanges jedenfalls auch bei dispositiven Gewohnheitsrechtssätzen fehle,[7]) weil diese durch Willenserklärungen abgeändert werden können, so ist er sich darüber nicht im klaren, daß es sich um ein dem Inhalte und Wesen des betreffenden Rechtssatzes entsprechendes ganz bestimmtes Empfinden rechtlicher Notwendigkeit handelt. Darnach kann dem Wesen der Dispositivsätze entsprechend bei diesen ein Gefühl rechtlichen Zwanges nur dahingehend festgestellt werden, daß, falls eine Willenserklärung die Anwendung des Satzes nicht ausschließt, nach diesem und zwar von Rechtswegen gehandelt werden muß. Ein Gefühl rechtlichen Zwanges ist also auch hier vorhanden.[8]) Dieses fehlt aber bei bloßen Gebräuchen.

Hierin liegt theoretisch[9]) der Hauptunterschied zwischen den beiden

---

[1]) vgl. Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht S. 279 und 280.

[2]) Anders Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche (1900) Einleitung S. XXIX.

[3]) Danz a. a. O. S. 457 ff.

[4]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 331—333.

[5]) Danz a. a. O. S. 458 und 459.

[6]) Schwer zu unterscheidende Übergangsfälle sind allerdings vorhanden; s. S. 50 Abs. 1.

[7]) Danz a. a. O. S. 459 Abs. 2.

[8]) Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch Bd. 1 S. 17a.

[9]) Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. 1 S. 10 Anm. 27; Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche (1900), Einleitung S. XXVI; Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 2 S. 18 N. 4.

Quellen von Regeln, welche der Richter bei seinen Entscheidungen in Anwendung bringt. Der Unterschied ist aber deswegen kein absoluter, weil eine Gewohnheit, welche als Landesgewohnheit auf nicht vorbehaltenen Materien oder in noch kleineren Kreisen auftritt, selbst bei zugrunde liegender opinio necessitatis nicht als Rechtsquelle, sondern nur als bloßer Gebrauch aufgefaßt werden kann. Ferner ergibt sich aus dem erwähnten Unterschiede zwischen Gewohnheitsrecht und Gebräuchen, daß es sich häufig nicht mit Bestimmtheit sagen lassen wird, ob es sich um eine Rechtsquelle oder um einen Gebrauch handelt, da bei oft fast unmerklichen Übergängen es sich mitunter kaum feststellen lassen wird,[1]) ob ein Gefühl bloßer Angemessenheit oder rechtlicher Notwendigkeit einer Übung zugrunde liegt. Endlich folgt daraus, daß das Gefühl erster Art sich häufig zu dem der zweiten Art verdichtet, daß der bloße Gebrauch oft als eine Vorstufe des Gewohnheitsrechts und die dem ersten zu entnehmenden Sätze als werdende Gewohnheitsrechtssätze hingestellt werden können.[2])

Weit deutlicher wird die Verschiedenartigkeit dieser Quellen, wenn man den Gegensatz der durch sie hervorgebrachten Sätze in ihrer praktischen Anwendung ins Auge faßt. An erster Stelle wird häufig erwähnt, daß die Gewohnheitsrechtssätze, weil sie einer Rechtsquelle entspringen, objektives Recht seien und nach dem Satze ignorantia juris nocet ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Parteien von ihrem Vorhandensein zur Anwendung kommen, wenn nicht, was bei dispositiven Rechtssätzen noch besonders vorauszusetzen ist, ihre Anwendung durch die Willenserklärungen der Parteien ausgeschlossen ist.[3]) Im Gegensatze hierzu hebt man bei den bloßen Gebräuchen hervor, daß sie nur dann Berücksichtigung finden können, wenn wenigstens die Erklärenden von dem Vorhandensein der Gebräuche zur Zeit der Abgabe der Erklärung Kenntnis hatten.[4]) Von manchen Autoren wird nicht die genaue Kenntnis des speziellen Gebrauchs gefordert, sondern nur die Kenntnis von dem Vorhandensein eines einschlagenden[5]) Gebrauchs. Wieder andere stellen die Forderung auf, daß der Wille[6]) vorhanden sein muß, sich einem eventuell auch unbekannten[7]) Gebrauch zu unterwerfen, indem sie hervorheben, daß nicht notwendig der Wille, sich einer Verkehrssitte zu unterwerfen, die Kenntnis derselben

---

[1]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 329—330.

[2]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 333.

[3]) Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 90 Anm. 21.

[4]) Keißner, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch S. 9 unten und S. 267 zu Art. 279 Nr. 2; Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch Bd. 2 S. 82.

[5]) Hahn a. a. O. Bd. 2 S. 81 Anm. 4

[6]) Gerber, Bemerkungen zum ersten Artikel des deutschen Handelsgesetzbuchs (1871) S. 12; Hagen, Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr (1894) S. 11 konstruiert einen generellen Parteiwillen.

[7]) Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 1 S. 47 und Bd. 2 S. 392; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 82 Anm. 11.

zur Voraussetzung hat[1]) und bei der Feststellung der Bedeutung von Willenserklärungen es doch immer in erster Linie auf den Parteiwillen ankommt. In allen diesen Ansichten wird zur charakteristischen Bezeichnung der Gebräuche im Gegensatze zum Gewohnheitsrecht für die Anwendung derselben durch den Richter die subjektive Beziehung der Parteien zu den Gebräuchen im einzelnen Fall erfordert,[2]) dann allerdings regelmäßig die Verkehrssitte nicht nur zur Auslegung des undeutlich erklärten Willens, sondern auch zur Ergänzung des unvollständigen Willens zugelassen. Richtig ist aber, daß diese Unterscheidung nicht zutrifft, daß vielmehr sowohl bei der Auslegung wie Ergänzung des Parteiwillens es auf eine subjektive Beziehung für die Anwendung oder Nichtanwendung der Gebräuche nicht ankommt. Es ist fast unbegreiflich, wie man nach dem Wortlaut des Gesetzes zu einer solchen Auffassung hat gelangen können. Es ist allerdings richtig, daß ein Gebrauch durch den Willen der gleichmäßig Handelnden entsteht.[3]) Aber sobald er entstanden ist, ist er als Maßstab für richterliche Entscheidungen insofern von dem Willen oder der Kenntnis der Handelnden losgelöst, als er bei nicht entgegenstehender Willenserklärung[4]) unbedingt zur Anwendung zu kommen hat.[5]) Dies wird ganz klar und deutlich durch das Gesetz zum Ausdruck gebracht, denn das Gesetz ordnet die Berücksichtigung der Gebräuche, natürlich in Ermangelung abweichender Willenserklärungen, an, ohne je einer subjektiven Beziehung der Handelnden zu denselben Erwähnung zu tun.[6]) Daß eine subjektive Beziehung nicht erforderlich ist, ergibt sich aber auch abgesehen von dem Wortlaut des Gesetzes, aus dem das Handelsrecht wie überhaupt das Recht der Schuldverhältnisse beherrschenden Prinzip von Treu und Glauben. Es muß als ein Hauptsatz dieses Prinzips angesehen werden, daß man sich auf die gewöhnlichen Erscheinungen des Rechtslebens „als Maßstab für die Auslegung und Ergänzung von Willenserklärungen", auch dann verlassen kann, wenn man selbst oder die Gegenpartei sie zur Zeit der Abgabe der Erklärung noch nicht gekannt hat oder sich wenigstens

[1]) Anders Holdheim, Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen 11. Jahrg. (1902) S. 30; vgl. ferner Keißner in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des preußischen Rechts 12. Jahrg. S. 582; Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche (1900) Einleitung S. XXXI.

[2]) Auch Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 Bd. 1 Einleitung S. 5 haben sich nicht völlig von diesem vermeintlichen Erfordernis losreißen können.

[3]) Danz, Laienverstand u. Rechtsprechung in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 404.

[4]) Auf einen abweichenden inneren Willen kommt es nicht an. s. Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. 1 S. 7 Anm. 19.

[5]) Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen 24. Jahrg. (1899) S. 463; Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch Bd. 1 (1894) S. 74; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 334—336.

[6]) Dies tut z. B. das sächsische Gesetzbuch § 28; s. bei Gerber, Bemerkungen zum ersten Artikel des deutschen Handelsgesetzbuchs (1871) S. 19, auch § 133 B.G.B., der auf den wirklichen Parteiwillen verweist. Es ist aber eine Kollision zwischen dem subjektiven Maßstab des § 133 B.G.B. und dem objektiven des § 342 H.G.B. nicht zu befürchten; s. hierüber Wedemeyer, Auslegung und Irrtum in ihrem Zusammenhange S. 32—36, besonders S. 35.

ihrer nicht bewußt gewesen ist,[1]) also sich damals ein darauf gerichteter Wille noch nicht gebildet hat. Es handelt sich, falls diese Frage praktisch wird, doch immer um einen Rechtsstreit, wobei sich Partei und Gegenpartei gegenüberstehen. Welcher Partei soll der Richter recht geben, derjenigen, die das verlangt, was gewöhnlich bei einem derartigen Tatbestande verlangt wird, oder derjenigen, welche sich entgegen der üblichen Auslegung an einen bestimmten Wortlaut klammert oder einen anderen außergewöhnlichen Maßstab — aber welchen? – zur Anwendung gebracht wissen will. Würde der Richter nicht, falls er sich für das letztere entscheidet, nicht nur die gewinnende Partei demoralisieren und die verlierende in ihrer berechtigten Hoffnung täuschen, sondern auch der allgemeinen Verkehrssicherheit einen gewaltigen Stoß versetzen, und zwar selbst dann, wenn er seine Entscheidung damit begründen würde, daß die Parteien bei der Abgabe ihrer Erklärungen den Gebrauch nicht gekannt und ihn damals auch nicht gewollt haben, sondern erst später den Gebrauch kennen gelernt haben?[2]) Treu und Glauben würden darunter leiden, wenn eine Partei zu der üblichen Leistung ausnahmsweise nur deswegen nicht verbunden sein soll, weil sie sich einer unerfahrenen Gegenpartei gegenüber befunden hat. Noch schlimmer würde es aber sein, wenn die übliche Verbindlichkeit deswegen nicht Platz greifen soll, weil sich die verpflichtete Partei in Unkenntnis über die gewöhnlichen Erscheinungen des Lebens befunden hat. Weder auf die Kenntnis der einen noch der anderen Partei soll es ankommen, das erfordert Treu und Glauben und die allgemeine Verkehrssicherheit.[3]) Aber auch ein entgegenstehender innerer Wille muß unberücksichtigt bleiben. Denn wenn sich der Erklärende der Abweichung des Willens von seiner Erklärung bewußt gewesen ist, so liegt Mentalreservation vor, die Abweichung ist also für die Gültigkeit der Erklärung unerheblich (§ 116 B.G.B.). Ist sich aber der Erklärende der Abweichung nicht bewußt gewesen, so schadet dies ebenfalls der Gültigkeit der Erklärung wenigstens ohne weiteres nichts. Die Erklärung findet vielmehr ihre Bewertung nach Bestand und Inhalt im Interesse der Verkehrssicherheit notwendig nur nach den in ihr selbst hervorgetretenen Momenten.[4]) Gelingt es dem Erklärenden durch anderweit hervorgetretene Momente,[5]) die ihm damals nicht bewußte Abweichung seines Willens

---

[1]) Hagen (Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr; vgl. insbesondere Beispiel S. 10 und 11) hat treffend nachgewiesen, daß in den weitaus zahlreichsten Fällen, in denen Usancen zur Anwendung kommen, diese den Parteien bei der Abgabe der Willenserklärungen gar nicht zum Bewußtsein gelangt sind.

[2]) Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. 2 S. 1054 Anm. 9.

[3]) Dies hebt besonders Staub hervor in seinem Kommentar zum H.G.B. Bd. 1 S. 7. Eine allzu subjektive Färbung erhält der Begriff von Treu und Glauben bei Hagen, Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr S. 17 (Stetigkeit des Charakters).

[4]) Wedemeyer, Auslegung und Irrtum in ihrem Zusammenhange (1903) S. 34 und 35.

[5]) Ist der abweichende Wille überhaupt nicht in die Außenwelt getreten, so ist er rechtlich unerheblich, weil er vom Richter nicht festgestellt werden kann. Wedemeyer a. a. O. S. 18 und 19.

von der Erklärung darzutun, so mag er sich der für solche Fälle vom Gesetz besonders vorgesehenen Mittel bedienen, z. B. des § 119 B.G.B., um sich vor den Folgen der Erklärung zu schützen. Demnach ergibt sich die Nichtberücksichtigung jeder subjektiven Beziehung bei Anwendung eines dem gewöhnlichen Leben entnommenen Maßstabes. Die im H.G.B. erwähnten Gebräuche wirken also nicht, wie die sogenannte Willenstheorie annimmt, kraft Willens der Parteien, sondern gemäß der sogenannten Gesetzestheorie unmittelbar kraft gesetzlicher Vorschrift.[1]) Das Gesetz findet aber in Ermangelung einer abweichenden Willenserklärung ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien Anwendung, obwohl durch dasselbe die den Gebräuchen entnommenen Sätze zum Bestandteil von Willenserklärungen erhoben werden. Gegenüber der obigen Beweisführung erscheint als kompliziert und auch nicht ganz richtig die Behauptung,[2]) daß die Kenntnis der Gebräuche deswegen für ihre Anwendbarkeit nicht erforderlich sei, weil eine allgemeine Usance des Inhalts bestehe, daß selbst bei Unkenntnis der Parteien von einem bestimmten Gebrauch der aus ihm entspringende Satz, falls er nicht ausdrücklich ausgeschlossen werde, zur Anwendung zu kommen habe, und daß erst bei Unkenntnis auch dieser Usance die Berücksichtigung des einschlagenden Gebrauchs ausgeschlossen sei.

Ebensowenig wie durch das Erfordernis der subjektiven Beziehung unterscheiden sich die Gebräuche vom Gewohnheitsrecht praktisch dadurch, daß durch die Verletzung dieses ein Revisionsgrund geschaffen wird, nicht aber durch die Verletzung jener.[3]) In jedem Falle ist ein Revisionsgrund gegeben, aber nicht in jedem Falle aus § 554 Abs. 2 Nr. 1 C.P.O.,[4]) denn die Handelsgebräuche sind keine Rechtssätze, sondern Erfahrungssätze. Da aber die Erfahrungssätze auf tatsächlichen Vorgängen[5]) (Übung) beruhen, so bedeutet die Verletzung der Handelsgebräuche nichts anderes, als wenn Tatsachen unter Verletzung des Gesetzes festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen sind. Deshalb trifft für den Fall der Verletzung der Handelsgebräuche der Revisionsgrund aus § 554 Abs. 2 Nr. 3 C.P.O. zu.[6]) Besonders scharf tritt die tatsächliche Natur der Handelsgebräuche im Gegensatz zur rechtlichen Natur des Gewohnheitsrechts bei der Ermittelung der Sätze durch den Richter hervor. Wie für Rechtssätze überhaupt, so gilt auch für Gewohnheitsrechtssätze der Satz jura

---

[1]) Wedemeyer a. a. O. S. 25.

[2]) Hagen, Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr 1894 S. 21.

[3]) Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche (1900) Einleitung S. XXXII und XXXIII.

[4]) Anders Danz in Holdheims Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen 11. Jahrg. (1902) S. 32 und 33.

[5]) Auch diese bezeichnet man als Handelsgebräuche genau so, wie man mit Gewohnheitsrecht bald die Rechtsquelle bald den entstandenen Rechtssatz bezeichnet. Auf eine sprachliche Auseinanderhaltung ist in der vorliegenden Abhandlung kein Gewicht gelegt worden, weil sie ungebräuchlich ist, sich überdies aber ohne weiteres aus dem Zusammenhange ergibt, ob der Entstehungsgrund oder der entstandene Satz gemeint ist.

[6]) Lehmann-Ring, "Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 2.

novit curia. Da aber dem Richter nicht die Kenntnis sämtlicher Gewohnheitsrechtssätze zugemutet werden kann, so wird für den Fall, daß Gewohnheitsrechtssätze dem Richter unbekannt sind, ausnahmsweise im § 293 C.P.O. für solche Rechtssätze ein Beweisverfahren[1]) zugelassen, ohne daß aber dem Richter die Befugnis[2]) zur selbständigen Ermittelung genommen wird. Umgekehrt wird entgegen dem Grundsatz, daß alles, was nicht ein Rechtssatz ist, also auch Erfahrungssätze[3]) tatsächlicher Natur stets einer besonderen Ermittelung bedürfen, selbst wenn sie dem Richter bekannt sind, ausnahmsweise im § 118 G.V.G. die Entscheidung über das Bestehen von Handelsgebräuchen[4]) der eigenen Sachkunde und Wissenschaft der Kammer für Handelssachen überlassen.

Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen Gewohnheitsrecht und bloßen Gebräuchen liegt in der verschiedenartigen Wirkung gegenüber bestehenden Rechtssätzen. Durch ersteres[5]) können Rechtssätze zwingender und dispositiver Natur abgeändert werden, durch letztere aber können Rechtssätze überhaupt nicht in ihrem Bestande berührt werden, sondern nur im konkreten Falle dispositive[6]) Rechtssätze außer Anwendung gesetzt werden,[7]) denn Recht kann nur wieder durch Recht abgeändert werden und die Gebräuche sind kein Recht.

Unter welchen Voraussetzungen die Gebräuche den dispositiven Rechtssätzen vorzuziehen sind, ist eine der bestrittensten Fragen. Goldschmidt[8]) verlangt eine spezielle oder allgemeine Verweisung auf die Gebräuche durch die Erklärenden. Laband[9]) geht einen Schritt weiter und begnügt sich mit einer stillschweigenden Unterwerfung der Parteien unter die Gebräuche; jedenfalls sei aber, meint er, eine Unterwerfung erforderlich, denn ohne sie könne die Usance nie zu einer pars contractus werden, und nur als

---

[1]) Da das Beweisverfahren nur dazu dienen soll, die Offizialtätigkeit des Gerichts zu unterstützen, so ist es ein Beweisverfahren ganz eigener Art; es bedarf weder substantiierter Beweisanträge seitens der Partei, noch entsteht eine eigentliche Beweislast der Partei; Eideszuschiebung und Eidesauflage ist ausgeschlossen. s. Gaupp-Stein, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich Bd. 1 9. und 10. Lief. S. 646 und 647,3.

[2]) Es handelt sich nicht um eine dem Richter auferlegte Amtspflicht. Gaupp-Stein a. a. O. S. 646, 3.

[3]) Stein, Das private Wissen des Richters (1893) S. 22ff.

[4]) Es handelt sich im § 118 G.V.G. nur um tatsächliche Handelsgebräuche. Denn für Gewohnheitsrechtssätze gilt ohnehin der Satz, daß sie der eigenen Wissenschaft des Richters überlassen sind. Anders Struckmann, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich 8. Aufl. 2. Bd. S. 554. Gegen Struckmann s. Wilmowski und Levy Bd. 2 Anm. zu § 118 G.V.G. S. 1242.

[5]) Wenn es sich um partikuläres Gewohnheitsrecht handelt, allerdings nur nach Maßgabe des sog. Vorbehalts.

[6]) Oder wie Wedemeyer (Auslegung und Irrtum in ihrem Zusammenhange S. 16) sagt: nicht zwingende Auslegungsregeln im eigentlichen Sinne und ergänzende Auslegungsregeln.

[7]) Endemann, Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 1 S. 47.

[8]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes S. 258 u. 259.

[9]) Laband in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrechts 17. Bd. S. 468 u. 767.

solche könne sie den dispositiven Rechtssätzen vorgehen. Richtig ist aber, daß die Gebräuche in Ermangelung einer abweichenden Willenserklärung auch ohne Unterwerfung der Parteien unter sie, überhaupt ohne Rücksicht auf eine subjektive Beziehung zur Anwendung kommen, und zwar stets vor einer abweichenden dispositiven Rechtsvorschrift.[1]) Zunächst ist hierzu zu bemerken, daß die vorliegende Streitfrage meistens unrichtig formuliert wird. Es ist nämlich verfehlt, die Kollision zwischen bloßen Gebräuchen und dispositivem Recht als eine unmittelbare hinzustellen. Denn die Gebräuche schöpfen ihre rechtliche Kraft erst wieder aus einem Rechtssatz. Infolgedessen ist die vorliegende Frage dahin zu formulieren, ob im einzelnen Falle der Rechtssatz, welcher die Berücksichtigung der Gebräuche anordnet, oder ein widersprechender dispositiver Rechtssatz vorzuziehen ist. Hierdurch findet ein gegen die Bevorzugung partikulärer Gebräuche vorgebrachter Grund eine befriedigende Widerlegung. Man hat nämlich behauptet, daß durch die Bevorzugung partikulärer Gebräuche vor dispositiven Rechtssätzen die mühsam errungene Rechtseinheit zerstört werden würde.[2]) Hiergegen ist zu sagen, daß eher das Gegenteil der Fall ist, insofern nämlich durch die Anwendung der Gebräuche, oder besser gesagt, eines auf die Gebräuche „allgemein" verweisenden Rechtssatzes, ein weit einheitlicheres Rechtsprinzip zum Durchbruch gelangt, als durch die Anwendung eines einschlagenden dispositiven Rechtssatzes. Spricht also dieser bisher nur zu oft genannte Grund nicht dagegen, so können andrerseits so viele Gründe dafür angeführt werden, daß eine Bevorzugung der Gebräuche unbedenklich und richtig erscheint. Erstens ist es unzweifelhaft, daß die in den alltäglichen Lebenserscheinungen für bestimmte Lebensverhältnisse sich kundgebenden Regeln den Interessen der Parteien näher stehen als ein für die gleichen Verhältnisse vorhandener, aber durch die Gebräuche von der Praxis ausgeschlossener dispositiver Rechtssatz. Zweitens spricht aber auch der mutmaßliche Wille der Parteien für die Bevorzugung der Gebräuche und, wie sehr auch die Berücksichtigung des mutmaßlichen Parteiwillens bei den Fragen nach der Anwendung von Gebräuchen und nach der Anwendung von dispositiven Rechtssätzen ausgeschlossen ist, so wenig steht gerade bei der Kollisionsfrage im Wege, ja es erscheint sogar durchaus empfehlenswert, den mutmaßlichen Willen der Parteien mit in Betracht zu ziehen. Zu wie unerträglichen Konsequenzen[3]) mitunter die Bevorzugung dispositiver Rechtssätze vor Gebräuchen führen dürfte, mag folgendes Beispiel erhellen. In einem Vertrage ist von den Parteien eine Frist von „acht Tagen" vereinbart worden. Die Parteien geraten in Streit, welche Frist unter „acht Tagen" zu verstehen sei. Die eine beruft sich darauf, daß von jeher in Kreisen,

---

[1]) Anders in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 13. Bd. (Jena 1874) S. 459 u. 460.

[2]) Gerber, Bemerkungen zum ersten Artikel des deutschen Handelsgesetzbuchs (1871) S. 14 u. 15.

[3]) Wedemeyer, Auslegung und Irrtum in ihrem Zusammenhange (1903) S. 28—30.

denen die Parteien angehören, der Gebrauch bestanden hat, mit einer Frist von „acht Tagen" die Frist von einer Woche, nämlich sieben Tagen, zu bezeichnen. Die Gegenpartei beruft sich auf den dem Verkehr fremd gebliebenen dispositiven Rechtssatz des § 359 Abs. 2 H.G.B. Mit Recht wird demgegenüber die erste Partei für sich geltend machen, daß, falls der Gegenpartei zugestimmt würde, dies zu einem ganz ungerechten Ergebnis führen würde, und, daß auch ohne irgendwie die Interessen der Parteien oder den mutmaßlichen konkreten Parteiwillen in Betracht zu ziehen, diese Bevorzugung des dispositiven Rechtssatzes schon deswegen zurückzuweisen sei, weil darunter die allgemeine Verkehrssicherheit, die eine enge Anlehnung an die alltäglichen und gewöhnlichen Lebenserscheinungen erheischt, sehr leiden würde. Schließlich enthalten oft die dispositiven Gesetzesvorschriften nichts anderes als gesetzlich fixierte Sätze der Verkehrssitte,[1]) die in erster Linie den Zweck haben, dem Richter eine Handhabe zur Feststellung der Verkehrssitte zu geben oder ihn überhaupt der Feststellung zu entheben. Darnach erscheint es selbstverständlich, daß einer Verkehrssitte, die sich entgegen einer zur leichteren Feststellung derselben dienenden Vorschrift gebildet hat, vor dieser der Vorzug zu geben ist.[2]) Aus den letzten beiden Gründen ergibt sich zugleich, daß die Bevorzugung der Gebräuche ohne Rücksicht darauf zu erfolgen hat, ob irgend welche subjektive Beziehungen der Parteien zu den Gebräuchen vorhanden sind oder nicht. Dies ergibt sich noch insbesondere aus folgendem Umstande. Die Wahrscheinlichkeit, daß die Parteien weit eher die alltäglichen Lebenserscheinungen als die Rechtsvorschriften kennen werden, ist so groß, daß gerade entgegengesetzte Fälle kaum vorkommen werden und die Berufung auf derartige Fälle deswegen umso weniger rechtlich berücksichtigt werden kann, weil sie meistens auf Unwahrheit beruhen und sich schikanös gestalten wird.[7] Daß die Bevorzugung der Gebräuche ohne Rücksicht darauf stattfindet, ob die Gebräuche zur Auslegung oder zur Ergänzung einer Willenserklärung herangezogen werden, ergibt sich einfach daraus, daß der Vorrang, da er den Gebräuchen ohne Berücksichtigung subjektiver Beziehungen zukommt, ihnen nicht minder als Ergänzungsnormen wie als Auslegungsmaterial beizulegen ist.[3]) Es ist aber selbstverständlich, daß, wenn der dispositive Rechtssatz zum Bestandteil einer Willenserklärung gemacht ist, wozu die bloße Kenntnis des Dispositivsatzes allerdings nicht ausreicht, der Rechtssatz als Bestandteil einer Willenserklärung den Gebräuchen vorzuziehen ist.[4])

---

[1]) Thöl, Handelsrecht S. 47.

[2]) Holdheim, Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen 11. Jahrg. (1902) S. 31 und 32; Wedemeyer a. a. O. S. 30 und 31; anders Scholz in der Juristischen Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen 24. Jahrg. (1899) S. 466 ff.

[3]) Wedemeyer a. a. O. S. 31.

[4]) Was zwingende Rechtsnormen betrifft, so ist folgende Behauptung zutreffend. Da die zwingenden Rechtsnormen nicht durch Parteivereinbarung außer Anwendung gesetzt werden können, kann dies noch weniger durch eine Verkehrssitte geschehen, weil die Verkehrssitte schwächer ist als die Parteivereinbarung. s. Hold-

Ferner unterscheiden sich die bloßen Gebräuche vom Gewohnheitsrecht dadurch, daß Treu und Glauben als besondere Erfordernisse für die rechtliche Berücksichtigung der Gebräuche aufzustellen sind. Beim Gewohnheitsrecht ist vom Erfordernis der Rationabilität gesprochen und hierbei festgestellt worden, daß es auf den Inhalt der Rechtsüberzeugung, ob sie gut oder schlecht, vernünftig oder unvernünftig ist, nicht ankommt. Dessenungeachtet ist, wie ferner beim Gewohnheitsrecht hervorgehoben worden ist, nicht zu übersehen, daß schwerlich sich ein unvernünftiger Satz zum Gewohnheitsrechtssatze ausbilden wird, weil es eben nicht gut denkbar ist, daß eine Menschengemeinschaft einen ihr unsittlich oder vernunftswidrig erscheinenden Satz auch für rechtlich notwendig halten wird. Unvergleichlich leichter[1]) ist es möglich, daß bloße Gebräuche im Widerspruch mit guten Sitten oder der Vernunft entstehen, da zu deren Entstehung keine Rechtsüberzeugung erforderlich ist. Es kann ihnen das Gefühl bloßer Zweckmäßigkeit oder Bequemlichkeit zugrunde liegen, und dieses kann sehr leicht in Widerspruch mit Treu und Glauben stehen. Dann aber sollen die Gebräuche gemäß der zwingenden Rechtsvorschrift des § 157 B.G.B., welche auch für das Handelsrecht, insbesondere für § 346 H.G.B. gilt, vom Richter nicht[2]) berücksichtigt werden. Daß der Begriff von Treu und Glauben kein absolut fester, sondern ein relativer, mit den wechselnden Anschauungen sich ändernder ist, wird vom Gesetz dadurch angedeutet, daß es den Zusatz macht: mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.

Weiterhin ist zu bemerken, daß die Gebräuche sich gewöhnlich auf ein enger begrenztes Gebiet erstrecken werden, als das Gewohnheitsrecht.[3]) Denn die Gebräuche sind ohne Rücksicht auf den örtlichen Umfang anerkannt.[4]) Dagegen kann eine partikuläre Übung, soweit sie sich nicht auf eine vorbehaltene Materie bezieht, überhaupt nicht für die Gewohnheitsrechtsbildung in Betracht kommen, selbst bei zugrunde liegender opinio necessitatis.[5]) Daher werden die sogenannten Ortsgebräuche im Handelsrecht regelmäßig als lediglich tatsächliche Gebräuche aufzufassen sein. Hieraus ergibt sich, welche besonders hohe Bedeutung mit der Einschränkung des partikulären Rechts, auch des Gewohnheitsrechts, die gesetz-

---

heim, Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen 11. Jahrg. (1902) S. 32.; ferner Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche (1900) Einl. S. XLI; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 337.

[1]) s. oben S. 24 Abs. 1.

[2]) Da aber namentlich in Kaufmannskreisen es oft sehr zweifelhaft ist, ob etwas gegen Treu und Glauben verstößt, so ist nicht zu verwundern, daß mitunter offenbare kaufmännische Mißbräuche noch besonders gesetzlich gemißbilligt, namentlich mit Strafe belegt werden müssen (Nahrungsmittelfälschungsgesetze).

[3]) Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 Bd. 1 Einleitung S. 5.

[4]) Im einzelnen Falle findet immer diejenige Verkehrsübung Berücksichtigung, welche am Orte der Handlung besteht. Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche (1900) Einleitung S. XLIV und XLV.

[5]) Die Usance ist ein relativer Begriff. Was als Usance erscheint, kann mitunter auch als Gewohnheitsrecht gelten. Iherings Jahrbücher 13. Bd. 1874.

lichen Bestimmungen, die sich auf Gebräuche beziehen, gewonnen haben.[1]) Da aber andererseits die Gebräuche sich auch über einen beliebig großen Kreis ausdehnen können, so folgt daraus, daß ein schroffer Gegensatz sich in räumlicher Hinsicht zwischen bloßen Gebräuchen und Gewohnheitsrecht nicht feststellen läßt.[2]) Ebensowenig ist dies möglich nach sachlicher Richtung.

Regelmäßig werden sich allerdings bloße Gebräuche auf denjenigen Rechtsgebieten ausbilden, auf denen dem Parteiwillen zur Regelung der Rechtsverhältnisse freier Spielraum gelassen ist.[3]) Denn hier wird es meistens nur zur Bildung des Gefühls bloßer Anständigkeit oder Zweckmäßigkeit kommen. Dies trifft namentlich für den § 346 H.G.B. zu. Denn die Handlungen und Unterlassungen der Kaufleute können durch deren Willenserklärung eine ganz bestimmte Bedeutung erhalten. Hat sich nun hinsichtlich einer bestimmten Bedeutung eine dauernde und gleichmäßige Übung herausgebildet, so ist dies jedenfalls meist darauf zurückzuführen, daß sich diese Auslegung bewährt und regelmäßig dem wirklichen Willen der Parteien entsprochen hat; das Gefühl, daß diese Auslegung auch Rechtens ist, wird hierbei überhaupt nicht auftauchen. Daß es sich im § 346 H.G.B. in erster Reihe um bloße Gebräuche handelt, wird auch gesetzlich dadurch zum Ausdruck gebracht, daß der Richter nur angewiesen wird, auf die Gebräuche Rücksicht zu nehmen;[4]) einen Rechtssatz muß er aber seinem vollen Inhalt nach anwenden. Selbstverständlich werden vom § 346 H.G.B. auch Rechtsgewohnheiten mitumfaßt, und zwar selbst solche, welche Gewohnheitsrecht sind.[5]) Es ist nämlich auch denkbar, daß sich (als Landesgewohnheit auf vorbehaltenen Materien oder als Reichsgewohnheit) ein dispositiver Satz dahingehend entwickelt, daß eine Handlung oder Unterlassung, falls sie nicht ausdrücklich vom Parteiwillen eine andere Bedeutung erhält, in einem ganz bestimmten Sinne, und zwar von Rechtswegen aufzufassen sei. Insoweit nun das Gesetz in seinen

---

[1]) Fuchsberger, Sämtliche Entscheidungen des Reichs=Ober=Handelsgerichts und Reichsgerichts auf dem Gebiete des Handelsrechts 3. Aufl. S. 704.

[2]) Je umfänglicher und bestimmter der Geschäftsgebrauch ist, desto schwieriger wird die Unterscheidung von der Handelsgewohnheit; Endemann, Lehrbuch des deutschen Handels=, See= und Wechselrechts Bd. 1 S. 46.

[3]) Über die allmähliche Entwicklung eines Geschäftsgebrauches s. Laband in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 17 S. 467 ff.: typischer Vertragsinhalt; Holdheim, Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen 5. Jahrg. (1896) S. 309; Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche (1900), Einleitung S. XXVIII.

[4]) Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche Bd. 2 S. 83; Lehmann=Ring, Das H.G.B. Bd. 2 S. 18, erklären die Worte „Rücksicht nehmen" damit, daß die Gebräuche vom Richter nicht ohne weiteres, sondern erst dann berücksichtigt werden dürfen, wenn der wirkliche Wille gemäß § 133 B.G.B. nicht oder nicht sicher festgestellt werden kann. Meines Ermessens ergibt sich dies schon von selbst daraus, daß, wenn keine Zweifel über die Bedeutung einer Handlung bestehen, man auch nicht nach der Bedeutung der Handlung fragen, sich also der Hilfe des § 346 H.G.B. bedienen wird (vgl. Wedemeyer a. a. O. S. 35).

[5]) Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. 1 allgemeine Einleitung S. 7 u. 8 und Bd. 2 S. 1054 Anm. 8.

Bestimmungen über Gebräuche auch Gewohnheitsrecht mitumfaßt, handelt es sich um derivatives Gewohnheitsrecht, d. h. um solches, das zwar auch aus sich selbst heraus gelten würde, dessen Bestand aber insbesondere noch durch gesetzliche Anerkennung sichergestellt ist.[1])

Schließlich ist noch hervorzuheben, daß die Gebräuche, ebenso wie das Gewohnheitsrecht nur für die Personenkreise gelten, in denen sie sich herausgebildet haben. Es wäre unsinnig, die Anwendung der Gebräuche bestimmter Personenkreise auf das Tun und Lassen nicht daran interessierter, in ganz anderen Lebensverhältnissen befindlicher Personenkreise auszudehnen und somit den Zweck der auf die Gebräuche verweisenden Bestimmungen dadurch zu vereiteln, daß diese nunmehr weit mehr eine Erschwerung, als eine Erleichterung rechtsgeschäftlicher Tätigkeit herbeiführen und die Verkehrssicherheit im höchsten Grade stören würden. Demnach können Gebräuche, die sich nur unter Kaufleuten ausgebildet haben, auch nur für diese, d. h. für deren Handlungen und Unterlassungen, in Betracht kommen.

Staub[2]) bemerkt sehr treffend, daß der § 346 H.G.B. etwas Selbstverständliches enthält und dieses außerdem nicht korrekt ausdrückt. Denn daß kaufmännische Gebräuche für die Auslegung von Handlungen und Unterlassungen der Kaufleute zu berücksichtigen sind, ergibt sich bereits aus § 157 B.G.B., der auch auf einseitige Willenserklärungen[3]) auszudehnen ist. Wenn nun in § 346 H.G.B. gesagt ist, daß „unter Kaufleuten“ [4]) auf die im Handelsverkehr geltenden Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist, so könnte dadurch der Anschein erweckt werden, daß die im Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten entstandenen Gebräuche rechtlich bedeutungslos sind. Dies ist aber nicht der Fall, denn auch diese Gebräuche finden gemäß § 157 B.G.B. Berücksichtigung,[5]) nur daß sie selbstverständlich, falls sie nur innerhalb des Verkehrs zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten entstanden sind, eben nur für diesen Verkehr berücksichtigt werden können. Wenn aber Staub weiterhin[6]) meint, daß der Inhalt der einst so bedeutsamen Bestimmung des § 346 H.G.B. dürftig sei, so kann dieser Behauptung nicht beigetreten werden. Denn wenn auch der § 346 H.G.B. etwas Selbstverständliches enthält, so muß ihm doch auch heute noch eine hohe Bedeutung für das Handelsrecht beigelegt

---

[1]) Das Gesetz erkennt in den genannten Paragraphen die Gebräuche zwar nicht als Rechtssätze, wohl aber als rechtlich bedeutsame Sätze an; vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 S. 69 Anm. 5: Das Gewohnheitsrecht kann derivativ und originär entstehen.

[2]) Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. 2 S. 1052 Anm. 1 und S. 1055 Anm. 11.

[3]) Neumann, Handausgabe des B.G.B. für das Deutsche Reich Bd. 1 zu § 157 B.G.B.; Planck, B.G.B. Bd. 1 zu § 157 B.G.B. S. 273.

[4]) Nach Staub a. a. O. Bd. 2 S. 1052 Anm. 1 müßte der § 346 H.G.B. richtig gefaßt lauten: Die im Verkehr unter Kaufleuten geltenden Gebräuche sind nur im Rechtsverkehr unter Kaufleuten zur Anwendung zu bringen.

[5]) Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche (1900) Einl. S. XLIV und Lehmann-Ring, Das H.G.B. für das Deutsche Reich Bd. 2 S. 17.

[6]) Staub a. a. O. Bd. 2 S. 1055 Anm. 11.

werden. Wie nämlich das praktische Leben uns lehrt, ist die Gefahr sehr naheliegend, daß von den Kaufleuten irgend welche lediglich in ihren Kreisen herrschende Sitten unter dem Ausdruck Handelsgebrauch auf andere unbeteiligte Kreise ausgedehnt werden, die mit den Kaufleuten in Berührung kommen und dadurch Nachteile erleiden.[1]) Es ist daher durchaus angebracht, der Unzulässigkeit einer solchen Ausdehnung an dieser Stelle noch einen besonderen Ausdruck zu verleihen, eine Bestimmung, die für eine Darstellung der Stellung des Gewohnheitsrechts als Quelle des geltenden Handelsrechts an erster Stelle einen Vergleich zwischen den bloßen Gebräuchen und dem Gewohnheitsrecht gerade auf handelsrechtlichem Gebiete herausfordert. Der Vergleich ist deswegen sehr wichtig, weil speziell im Handelsrecht die bloßen Gebräuche eine ganz hervorragende Rolle spielen. Denn die durch den Massenbetrieb bedingte Schnelligkeit und Hast des Handelsverkehrs läßt den Erklärenden keine Zeit, [2]) sich die verschiedensten eventuellen Folgen ihrer Handlungen, soweit dies überhaupt möglich ist, vor Augen zu führen, zwingt vielmehr die Handelnden nur zu oft, sich bei ihren Willenserklärungen auf die Fixierung der wichtigsten Punkte zu beschränken, im übrigen aber auf das allgemein Übliche und Erprobte zu verweisen oder Nebenpunkte überhaupt unberücksichtigt zu lassen.

Nach obigen Anführungen dürfte die umstrittene Frage, ob die sogenannten Börsenusancen Gewohnheitsrecht, bloße Gebräuche oder autonomes Recht sind, keinerlei Schwierigkeiten mehr begegnen. Cosack[3]) behauptet, sie wären autonomes Recht, weil durch dieselben oft bestimmt werde, daß eine Regel, die im Jahre 1896 noch in unangefochtener Übung gestanden hat, am 1. Januar 1897 außer Kraft treten solle. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Börsenorgane oft in dieser Weise verfahren, und daß sie durch die Festsetzung solcher Bedingungen auch einen einschneidenden Einfluß auf den Rechtsverkehr ausüben. Dieser Einfluß beruht aber nicht darauf, daß autonomes Recht geschaffen ist, sondern darauf, daß Treu und Glauben die Beachtung der Börsenbedingungen von den Börsenbesuchern verlangt. Die Publikation als solche hat keine andere Bedeutung als die einer Verkündung, daß die Befolgung bestimmter Regeln an der Börse von den Börsenorganen für wünschenswert erachtet wird. Es ist ein Satz der Verkehrssitte, daß jeder Börsenbesucher auf die von den maßgebenden Börsenorganen verkündeten Bedingungen[4]) und zwar selbst dann sich verläßt, wenn sie bisher noch nicht im Verkehr gegolten haben. Es würde deshalb auch gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstoßen, wenn jemand von

---

[1]) Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des B.G.B. (1902) S. 149 Anm. 215.

[2]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 336; Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche Einl. S. XXVII und XXIX.

[3]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 6. Aufl. S. 323 und 324.

[4]) Lehmann-Ring, das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 2 S. 20 Nr. 13 und Anm. 1.

dem Augenblicke an, wo gewisse Gebräuche nach den Börsenbedingungen nicht mehr geübt werden sollen, sich noch weiter auf sie, falls er sie nicht ausdrücklich vereinbart, berufen würde.[2]) Dementsprechend wird sich, falls ein bestimmter bisher noch nicht geübter Satz von den Börsenorganen verkündet wird, eine mit dem Satze übereinstimmende Übung herausbilden,[1]) und zwar zunächst regelmäßig mit zugrunde liegendem Gefühl der Anständigkeit und Zweckmäßigkeit der Übung. Es wird also zunächst nur ein bloßer Geschäftsgebrauch entstehen. Tritt zu der Übung noch die Überzeugung der rechtlichen Notwendigkeit hinzu, so haben wir es mit einem Gewohnheitsrechtssatze zu tun. Erfolgt die Publikation einer Regel, die bereits in Übung ist, so kann es sich um die Fixierung eines bloßen Gebrauches oder eines Gewohnheitsrechtssatzes handeln, je nachdem mit der Übung eine Rechtsüberzeugung verbunden ist oder nicht. Es ist selbstverständlich, daß die Verkündung[3]) eines bloßen Gebrauches als eine Börsenbedingung oft die Umwandlung eines bloßen Gebrauches in einen Gewohnheitsrechtssatz herbeiführen wird, insofern nämlich daraufhin meist das der Übung zugrunde liegende Gefühl bloßer Angemessenheit zu einem Gefühl der rechtlichen Notwendigkeit der Übung sich verdichten wird.

---

[1]) Hierüber ausführlich Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 1 S. 10—12.

[2]) Die Aufstellung von Börsenbedingungen macht diese noch nicht zu Usancen, erst die tatsächliche Übung. vgl. Danz, Laienverstand und Rechtsprechung a. a. O. S. 410. Aber die Verkehrssitte fordert es, daß man sich den Bedingungen von dem Augenblicke an unterwirft, von welchem an sie nach der Verkündung gelten sollen.

[3]) über den Wert einer Aufzeichnung der festgestellten Handelsgebräuche s. Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche Einleitung S. XLVI.

Schluß.

Aus den gesamten allgemeinen und besonderen Erörterungen über das Gewohnheitsrecht ergibt sich das Folgende. Zur Entstehung von Gewohnheitsrechtssätzen sind Übung und Rechtsüberzeugung erforderlich, denn jedes dieser beiden Elemente verleiht dem entstehenden Rechtssatze eine für seine Existenz als Rechtssatz unentbehrliche charakteristische Eigenschaft. Die Übung macht den Satz zu einer bestimmte Lebensverhältnisse beherrschenden Norm, die Rechtsüberzeugung dagegen hebt den Satz aus dem Kreise anderer das äußere Leben einer Menschengemeinschaft beherrschenden Normen in die Rechtssphäre empor. Die Rationabilität und die Nichtirrtümlichkeit sind keine Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts, da die Frage nach dem Vorhandensein eines Rechtssatzes d. i. die Frage, ob dem betreffenden Satze als Rechtssatz gehorcht wird, unabhängig ist von der Frage, ob der Satz gut, ehrbar ist oder auf einem Irrtum (Rechts- oder Tatirrtum) beruht. Die in der Literatur bereits in frühester Zeit anerkannte und durch geschichtliche Vorgänge ganz deutlich erwiesene Ebenbürtigkeit des Gewohnheitsrechts mit dem Gesetze beruht auf der Verschiedenartigkeit und Unabhängigkeit der den beiden Rechtsquellen zugrunde liegenden Elemente, nämlich der mit dem äußeren Moment der Übung ausgestatteten inneren Macht der Rechtsüberzeugung einerseits und der äußeren Macht des Gesetzgebers andererseits. Trotz der grundsätzlich anzuerkennenden Ebenbürtigkeit ist nicht zu übersehen, daß, wenn unter- und übergeordnete Menschengemeinschaften einander gegenüberstehen, diese Ebenbürtigkeit insofern nicht zutrifft, als die untergeordnete Menschengemeinschaft in ihrer (gewohnheitsrechtlichen und gesetzlichen) Rechtserzeugung nach Maßgabe des Rechts der übergeordneten Menschengemeinschaft solange als beschränkt anzusehen ist, als eben das Verhältnis der Unter- und Überordnung besteht. Im besonderen Teile ist zunächst festgestellt worden, daß vom geltenden Gesetze das Gewohnheitsrecht als Quelle des Handelsrechts anerkannt ist, was deswegen sehr wichtig ist, weil eine selbst aus dem Schweigen des Gesetzes zu entnehmende Nichtanerkennung sehr wohl geeignet ist, die Gewohnheitsrechtsbildung zu erschweren.

Bei der Abgrenzung des Handelsrechts hat sich aus der gerade im geltenden Rechte stark hervortretenden subjektiven Sonderrechtsnatur dieses

Rechtsgebietes ergeben, daß fast ausnahmslos der Kaufmannsstand Träger einer handelsrechtlichen Gewohnheitsrechtsbildung sein wird. Die Betrachtung des Gewohnheitsrechts in örtlicher Hinsicht hat zu einer Unterscheidung zwischen gemeinem und partikulärem Gewohnheitsrecht geführt. Während nämlich gemeines Gewohnheitsrecht sich ohne Rücksicht auf irgend eine gesetzliche Bestimmung uneingeschränkt entwickeln kann, ist die Möglichkeit der Bildung partikulären Gewohnheitsrechts nur innerhalb der in Art. 15 E.G. zum H.G.B. vorbehaltenen Materien anzuerkennen. An letzter Stelle ist ein sehr wichtiger Vergleich zwischen Gewohnheitsrecht und bloßen Geschäftsgebräuchen angestellt worden und der wichtigste Unterschied zwischen beiden Arten gewohnheitsmäßigen Handelns in der bei ersterem vorhandenen, bei letzteren fehlenden Rechtsüberzeugung gefunden worden. Der sich in erster Reihe auf die bloßen Gebräuche beziehende § 346 H.G.B. ordnet die Berücksichtigung der Gebräuche natürlich in Ermangelung einer entgegenstehenden ausdrücklichen Willenserklärung an, ohne hierfür einen mutmaßlichen Willen oder die Kenntnis der Parteien von dem Vorhandensein der Gebräuche zur Voraussetzung zu machen. Das in Gestalt von Börsenusancen auftretende gewohnheitsmäßige Handeln kann sich als Rechtsübung oder auch als bloßer Geschäftsgebrauch darstellen, je nachdem der Übung die Rechtsüberzeugung zugrunde liegt oder nicht.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.